

Der Schadensausgleich im Falle der Lohnfortzahlung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät

der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

JÖRN PETERS

aus Rendsburg

Bochum 1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Schadensausgleich im Falle der Lohnfortzahlung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät

der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

JÖRN PETERS

aus Rendsburg

Bochum 1968



Dekan:

Professor Dr. Günter Warda

Erstberichterstatter:

Professor Dr. Hermann Dilcher

Zweitberichterstatter:

Professor Dr. Fritz Fabricius

Tag der mündlichen Prüfung:

14. Februar 1968

G l i e d e r u n g

	<u>Seite</u>
1. A b s c h n i t t	
Einleitung	1
I. Der Schadensausgleich im Falle der Lohnfortzahlung als Problem des Schadenersatzrechts	1
II. Die besondere Bedeutung der Lohnfortzahlung für den Arbeiter	4
III. Die älteren Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	5
IV. Die neueren Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	7
V. Das Programm dieser Arbeit	14
2. A b s c h n i t t	
Die zugrunde liegenden Rechtspflichten und Fakten	
I. Der Inhalt der Pflicht zur Lohnfortzahlung	
1. Die geschichtliche Entwicklung der Gesetzgebung zur Lohnfortzahlung	17
2. Die allgemeinen Voraussetzungen der Lohnfortzahlung	
a) Der in der Person des Arbeitnehmers liegende Grund der Verhinderung	19
b) Der Begriff des Verschuldens in § 616 BGB	20
c) Die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit der Verhinderung	22
d) Die Lohnfortzahlungspflicht für die nicht erhebliche Dauer der Verhinderung auch im Falle der krankheitsbedingten Verhinderung von insgesamt erheblicher Dauer	22

e) Die Höhe des weiterzuzahlenden Lohns	
aa) bei Angestellten	24
bb) bei Arbeitern	25
a1) Das Verhältnis des § 616 BGB zum ArbKrG	25
b1) Die Zuschußzahlung nach dem ArbKrG	26
f) Die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung	27
g) Die Anrechnungspflicht nach § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB und ihr Ausschluß durch andere Vorschriften	28

II. Der Schaden des Arbeitgebers

1. Die rechtliche Bedeutung des Arbeitgeberschadens für die Frage des Schadensausgleichs	30
2. Der Verlust der Gegenleistung und der Schaden des Arbeitgebers bei rechtlicher Betrachtungsweise	31
3. Der Schaden des Arbeitgebers bei rein tatsächlicher Betrachtungsweise	
a) Der Einfluß verschiedener Faktoren auf die Schadenshöhe	33
b) Die Berechnung des Arbeitgebergewinns	34
c) Die Auswirkung des Arbeitsausfalls und der Lohnfortzahlung auf die Selbstkosten	36
d) Einzelne beispielhafte Fallgruppen	38
4. Die Höhe des Arbeitgeberschadens als Ergebnis des Einzelfalls	41

3. Abschnitt

Die unmittelbaren Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Verletzer des Arbeitnehmers

I. Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	
1. Der Begriff des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	43
2. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs	44

	<u>Seite</u>
3. Die Ablehnung eines eigenen Anspruchs des Arbeitgebers aus § 823 BGB	50
II. Der Anspruch des Arbeitgebers in Analogie zu § 845 BGB	51
4. A b s c h n i t t	
Der Erwerbsschaden des Arbeitnehmers	
I. Der Arbeitnehmerschaden als Voraussetzung ge- setzlich und vertraglich sekundärer Ansprüche des Arbeitgebers	54
II. Die Ablehnung eines Eigenschadens des Arbeit- nehmers bei Anwendung der Lehre Oertmanns zum Vorteilsausgleich	
1. Die Differenztheorie als Grundlage der Scha- densberechnung	54
2. Die Lehre Oertmanns von der Vorteilsaus- gleichung	55
3. Die Ablehnung eines Eigenschadens des Ar- beitnehmers in der neueren Literatur und Rechtsprechung	57
4. Kritik an der Lehre Oertmanns	59
III. Die Versuche der Begründung eines Arbeitneh- merschadens in der neueren Rechtsprechung und Lehre	
1. Die Differenziertheit der verschiedenen Lösungsversuche	64
2. Die Abdingung der Lohnfortzahlung gegen- über dem Deliktsschuldner	
a) Relative Abdingbarkeit und Vertrag zu Lasten Dritter zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	66
b) Küchenhoffs "juristische Relativitäts- theorie"	68
3. Die Analogie zur cessio legis, zum stell- vertretenden commodum und zum Rechtsgedan- ken des § 843 Abs. 4 BGB	69

	<u>Seite</u>
4. Lohn und Versorgung (Sieg)	72
5. Die vorschußweise Lohnfortzahlung	74
6. Die Argumentation aus der Interessenlage, der Zumutbarkeit, der Billigkeit und dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB	79
7. Die Notwendigkeit einer Überprüfung der Differenztheorie und der Lehre Oertmanns	84
IV. Die Begründung eines Schadens des Arbeitnehmers mit Hilfe des normativen Schadensbegriffs	
1. Kritik an der Differenztheorie	
a) Der "objektive Schaden" (Neuner)	85
b) Die Lehre Reinhardts	88
c) Der Widerspruch zum Grundsatz der Natural- restitution	92
d) Der Widerspruch zum Prinzip der Vorteils- ausgleichung	94
e) Die Zweifelhafteit der schematischen Schadensberechnung nach der Differenz- theorie	95
2. Die Versuche einer rechtlichen Wertung im Rahmen der Schadensberechnung	
a) Der "rechtliche Schaden" des Arbeitneh- mers	96
b) Die Lehre Cantzlers zum Vorteilsaus- gleich	97
3. Der normative Schadensbegriff	
a) Der "Sozialschaden" (Selb)	100
b) Der Schadensausgleich "auf breiterer wirtschaftlicher Basis" (Rother)	103
c) Der normative Schaden des Bundesgerichts- hofs	106
d) Der gegliederte Schadensbegriff	111
4. Die Wertungsgrundlage beim Arbeitnehmer- schaden	
a) Die möglichen Zuwertungsgesichtspunkte	118
b) Die Regelungen über die Abtretungspflicht, die cessio legis und der Rechtsgedanke des § 843 Abs. 4 BGB	119

	<u>Seite</u>
c) Der Zweck der Lohnfortzahlung und der Schutzzweck der verletzten Norm	125
aa) Der Schutzzweckgedanke	126
bb) Die Ablehnung der Lehre Cantzlers über die "Förderung des verletzten Rechtsguts" als Voraussetzung einer Vorteilsausgleichung	131
cc) Die Verteilung der Verantwortlichkeit zwischen Arbeitgeber und Schädiger entsprechend der Haftungsbegrenzung durch den Schutzzweck der verletzten Norm und dem Zweck der Lohnfortzahlung	132
5. Die Anerkennung eines Arbeitnehmerschadens	135
 5. A b s c h n i t t	
Die sekundären gesetzlichen Ansprüche des Arbeitgebers	
I. Der Ausgleichsanspruch aus einer Gesamtschuld	
1. Der Begriff der Gesamtschuld	
a) Der Streit um den Gesamtschuldbegriff	137
b) Die Kritik an den bisherigen Ansichten über die Gesamtschuld und die Anerkennung der Lehre Larenz' von der "gleichstufigen Leistungspflichtigkeit"	141
2. Die Ablehnung einer "gleichwertigen Leistungspflichtigkeit" zwischen Lohnfortzahlungs- und Deliktsschuldner	
a) Die Unanwendbarkeit der §§ 422 bis 424 BGB	148
b) Die Unanwendbarkeit des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB	149
c) Die Ablehnung eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Deliktsschuldner	151
II. Der Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitgebers aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag	151
III. Der Herausgabeanspruch des Arbeitgebers aus ungerechtfertigter Bereicherung	153

IV.	Die Geltendmachung des Schadens des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer im Wege einer Schadensliquidation im Drittinteresse	
1.	Die Schadensliquidation im Drittinteresse in Literatur und Rechtsprechung	154
2.	Die Kritik an der herrschenden Lehre zur Schadensliquidation im Drittinteresse	
a)	Die Kritik formaler Drittschadensthesen durch Selb	158
b)	Die Ablehnung eines Ausbaus der Lehre von der Schadensliquidation im Drittinteresse zugunsten des Arbeitgebers	161
6. A b s c h n i t t		
Die sekundären vertraglichen Ansprüche des Arbeitgebers		
I.	Die Möglichkeit einer Abtretung durch den Arbeitnehmer wegen des Fortbestands der Deliktsschuld	165
II.	Der Rechtsgrund für die Abtretungspflicht des Arbeitnehmers	
1.	Die Ablehnung einer aus § 255 BGB gefolgerten Abtretungspflicht	166
2.	Die Ablehnung einer Abtretungspflicht aus ungerechtfertigter Bereicherung	167
3.	Die Begründung einer Abtretungspflicht mit Hilfe einer Analogie zu § 281 BGB	167
4.	Die Begründung einer Abtretungspflicht aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers	169
III.	Die Abtretungshindernisse	170
IV.	Die Höhe des abzutretenden Anspruchs	
1.	Die Anwendung der Schadensberechnungsgrundsätze auf den Arbeitnehmerschaden	173
2.	Die Behandlung der Beiträge zur Sozialversicherung	
a)	Der Bedarfsschaden bei Minderung des Versicherungsschutzes	175

- b) Die Möglichkeiten des Eintritts eines
ungedeckten Bedarfs an Versicherungs-
schutz bei den einzelnen Zweigen der
Sozialversicherung

178

7. A b s c h n i t t

Zusammenfassung

183

Abkürzungsverzeichnis

Aktz.	Aktenzeichen
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AnVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk)
ArbRSamml.	Arbeitsrechts-Sammlung
ArbKrG	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle
ArbuRecht	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
BABl.	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BBG	Bundesbeamtengesetz
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
DBG	Deutsches Beamtengesetz
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ggfs.	gegebenenfalls
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
Mot.	Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches
Not-VO	Notverordnung

RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
Schl.-Holst. Anz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Zeitschrift)
TOA	Tarifordnung A für Gefolgschaftsmit- glieder im öffentlichen Dienst
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht

Literaturverzeichnis

- | | |
|-------------------------------|--|
| Bach, Sozialversicherung 1950 | Bach, Carlfritz: Verstößt § 12 Abs. 3 TOA gegen § 616 Abs. 2 BGB?, in: Die Sozialversicherung, Oktober 1950, S. 225 f. |
| Bach, VersR 1951 | Bach, Carlfritz: Zur gegenwärtigen Handhabung des § 12 III TOA, in: Versicherungsrecht, August 1951, S. 189 f. |
| Baumbach-Lauterbach | Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 29. Aufl., München und Berlin 1966 |
| Baur, JW 1937 | Baur, F.: Zum Problem der Vorteilsausgleichung, in: Juristische Wochenschrift, Juni 1937, S. 1463 f. |
| Blomeyer, Schuldrecht | Blomeyer, Arwed: Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1964 |
| Böhm, ArbuRecht 1956 | Böhm, Otto: Zur Frage der Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfalle, in: Arbeit und Recht, Oktober 1956, S. 300 ff. |
| Bötticher, AcP 158 | Bötticher, Eduard: Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 158, 1959/60, S. 385 ff. |
| Bossard | Bossard, Ernst: Betriebsabrechnung und Kalkulation, München 1963. |
| Brecht, BB 1951 | Brecht, Hans: Schadensersatzforderung gegen Dritte und Lohnanspruch, in: Der Betriebsberater, Mai 1951, S. 395 f. |

Breithaupt, NJW 1953

Breithaupt: Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.6. 1952, in: Neue Juristische Wochenschrift, Januar 1953, S. 97.

von Caemmerer, NJW 1956

von Caemmerer, Ernst: Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, in: Neue Juristische Wochenschrift, April 1956, S. 569 ff.

von Caemmerer, NJW 1963,
Urt.-Anm.

von Caemmerer, Ernst: Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 8.1. 1963, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1. August 1963, S. 1402 ff.

Cantzler, AcP 156

Cantzler, Klaus, Mannheim: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, in: Archiv für die civilistische Praxis, 156. Band, Tübingen 1957, S. 29 ff.

Denecke, BB 1951

Denecke: Krankheit im Arbeitsverhältnis, in: Der Betriebs-Berater, Januar 1951, S. 58 ff.

Dernburg II

Dernburg, Heinrich: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 2. Band, Das Obligationenrecht Preussens und des Reichs und das Urheberrecht, 5. Aufl., Halle, 1897.

Deutsch, JZ 1963

Deutsch, Erwin: Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, in: Juristenzeitung, Tübingen, Juli 1963, S. 385 ff.

Dersch, BB 1952

Dersch: Schadensersatz und Lohnanspruch bei Körperverletzung eines Arbeitnehmers durch Verschulden eines Dritten, in: Der Betriebs-Berater, November 1952, S. 891 f.

Dietz, NJW 1952

Dietz: Anmerkung zu einem Urteil des LG Frankfurt vom 18.10.1951, in: Neue Juristische Wochenschrift, Mai 1952, S. 589.

- Dilcher, JZ 1967
Dilcher, Gerhard: Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld, in: Juristenzeitung, Februar 1967, S. 110 ff.
- Ebel, VersR 1951
Ebel: Zur gegenwärtigen Handhabung des § 12 III TOA, in: Versicherungsrecht, Mai 1951, S. 107 f.
- Erman-Bearb.
Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Walter Erman, 1. Band (§§ 1-853), 3. Aufl., Münster 1962, mit Nachtrag zum 1.1.1964.
- Esser, MDR 1957
Esser, Josef: Zur Entwicklung der Lehre von der Vorteilsausgleichung, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1957, Sonderdruck zum 42. Deutschen Juristentag, S. 522 f.
- Esser, Schuldrecht
Esser, Josef: Schuldrecht, Lehrbuch, allgemeiner und besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Fabricius, JuS 1961
Fabricius, Fritz: Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb - BGHZ 29, 65, in: Juristische Schulung 1961, S. 151 ff.
- Fleischmann, VersR 1952
Fleischmann, Rudolf: Anmerkung zu einem Urteil des OLG Freiburg vom 14.2.1952, in: Versicherungsrecht, Juni 1952, S. 213 f.
- Förster-Eccius IV
Franz Förster-M.E. Eccius: Preussisches Privatrecht, 4. Band (Familienrecht, Erbrecht, Recht der juristischen Personen), 7. Aufl., Berlin 1897
- Frey, BB 1957
Frey, Erich: Konkurrenz von Gesetz und Tarifvertrag bei der Zuschußzahlung zum Krankengeld, in: Der Betriebsberater, Juli 1957, S. 753 ff.

Friedrich, VersR 1950

Friedrich, Martin: Die Vergütungspflicht des Dienstherrn im Haftpflichtfall, in: Versicherungsrecht, Oktober 1950, S. 140 f.

Frotz, JZ 1964

Frotz, Gerhard: Dogmatische Fortschritte im Verständnis der Regreßmethoden bei Schuldnermehrheit?, in: Juristenzeitung, November 1964, S. 665 ff.

Ganßsmüller, NJW 1963

Ganßsmüller, Helmut: Anmerkung zu einem Urteil des BGH (Urteil vom 5.2.1963), in: Neue Juristische Wochenschrift 1963, S. 1446 f.

Gaul, Grundlagen

Gaul, Hans-Friedhelm: Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe (Zugleich ein Beitrag zum Problem der Analogie beim enumerativen Ausnahmerechtsatz), Bielefeld 1956

Harms, JZ 1958

Harms, Richard: Zur Frage des Schadens durch Verdienstausschlag bei Weiterzahlung des Arbeitsentgelts, in: Juristenzeitung, März 1958, S. 156 ff.

Herbst, RdA 1952

Herbst: Die Rechtsgültigkeit des § 12 Abs. 3 TOA, in: Recht der Arbeit, August-September 1952, S. 297 ff.

Herschel, DR 1943

Herschel, Wilhelm: Anmerkung zu einem Urteil des LG Hamburg vom 23. Dezember 1942, in: Deutsches Recht, März 1943, S. 447

Hessel, BB 1957

Hessel, Philipp: Gutachten über das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle, in: Der Betriebs-Berater, Juli 1957, S. 681 ff.

Hubmann, ZHR 117

Hubmann, Heinrich: Das Recht am Unternehmen, in: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 117. Band, Stuttgart 1955, S. 41 ff.

- Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I
- Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 1. Band, bearbeitet von A. Hueck, Berlin-Frankfurt 1963
- Klingmüller
- Klingmüller, Fritz: Unechte Gesamtschuldverhältnisse, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 64. Band (Zweite Folge, 28. Band), Jena 1914, S. 31 ff.
- Kloidt
- Kloidt, Heinrich: Kalkulationslehre, Wiesbaden 1963
- Koch
- Koch: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 1ten April 1794, 1. Teil, 1. Band, Berlin 1855
- Koch
- Koch: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 5ten Februar 1794, 2. Teil, 1. Band, Berlin 1855
- Kollhosser, AcP 166
- Kollhosser, Helmut: Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten, in: Archiv für die civilistische Praxis, 166. Band, Tübingen 1966, S. 277 ff.
- Kosiol
- Kosiol, Erich: Grundriß der Betriebsbuchhaltung, Wiesbaden 1957, 3. Aufl.
- Lange, Arbeitgeber 1953
- Lange, Hermann: Zur Lohnzahlung bei Krankheit und Unfall, in: Der Arbeitgeber, September 1953, S. 774 f.
- L. Lange, BB 1954
- Lange, Hermann: Berechnung von Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers gegen Personen, die für die Verletzung eines Arbeitnehmers verantwortlich sind, in: Der Betriebs-Berater, Januar 1954, S. 34

- | | |
|--|---|
| Larenz, Methodenlehre | Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960 |
| Larenz, NJW 1956 | Larenz, Karl: Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG München vom 21.3.1956, in: Neue Juristische Wochenschrift, November 1956, München und Berlin, S. 1719 ff. |
| Larenz, VersR 1963 | Larenz, Karl: Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, in: Versicherungsrecht, Januar 1963, S. 1 ff. |
| Larenz, Schuldrecht I | Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allg. Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964 |
| Larenz, Schuldrecht II | Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, bes. Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1965 |
| Lehmann, MDR 1952 | Lehmann, Heinrich: Anmerkung zu einem Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 4.12.1951, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1952, S. 297 f. |
| Lehmann, JZ 1955 | Lehmann, Heinrich: Anmerkung zu einem Urteil des BAG vom 24.2.1955, in: Juristenzeitung, Tübingen, Juli 1955, S. 459 |
| Enn.-Lehmann | Lehmann, Heinrich (Enneccerus-Lehmann): Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Aufl., 1958, Tübingen |
| Lehmann, NJW 1959 | Lehmann, Heinrich: Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 9.12.1958, in: Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin, April 1959, S. 670 |
| Lepénies, VersR 1950, S. 174 f.
VersR 1951, S. 7 f.,
VersR 1951, S. 32 | Lepénies, Wolfgang: Ungesetzliche Schadensersatzansprüche mittelbar Geschädigter, in: Versicherungsrecht, Dezember 1950, S. 174 f.; Januar 1951, S. 7 f.; Februar 1951, S. 32 |

Lotmar II

Lotmar, Philipp: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 2. Band, Leipzig 1908

Lucas, JW 1938

Lucas, Hermann: Ist der Berechnung von Schadensersatzrenten aus §§ 843, 844 Bürgerliches Gesetzbuch bei einem unfallverletzten Arbeitnehmer der Brutto- oder der Nettolohn zugrunde zu legen?, in: Juristische Wochenschrift, August 1938, S. 1992 f.

Machleid, JZ 1952

Machleid, Wilhelm: Zur Vorteilsausgleichung im Schadensersatzrecht (Die Ansprüche des Dienstberechtigten bei Arbeitsunfähigkeit des Dienstverpflichteten infolge eines unverschuldeten Verkehrsunfalls), in: Juristenzeitung, November 1952, S. 644 ff.

Machleid, Grundfragen, DRiZ 1953

Machleid, Wilhelm: Zu einigen Grundfragen des Schadensersatzrechts, in: Deutsche Richterzeitung, Juli 1953, S. 123 f.

Macho

Macho, Fritz: Die Betriebsabrechnung in der Praxis, Ludwigshafen 1963

Mann, NJW 1957

Mann, F. A.: Zum Übergang von Schadensersatzansprüchen auf Arbeitgeber und Dienstherrn, in: Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin, März 1957, S. 490 f.

Marx, VersR 1952

Marx, Karl: Anmerkung zu zwei Urteilen des LG Hannover vom 12.10.1952 und des AG Karlsruhe vom 22.11.1951, in: Versicherungsrecht, April 1952, S. 136

Medicus, Schl.-Holst. Anz. 1964

Medicus, Dieter: Schadensersatz und Sozialversicherung, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Justizministeriablatt für Schleswig-Holstein, Kiel, Aug. 1964, S. 179 ff.

- Mellerowicz II, Teil 1 Mellerowicz, Konrad: Kosten und Kostenrechnung, Band 2, Teil 1: Allgemeine Fragen der Kostenrechnung und Betriebsabrechnung, Berlin 1956, 4. Aufl.
- Mertens Mertens, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Mot. II Motive zum BGB, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1896
- Müller, BB 1955 Müller, Gerhard: Zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Der Betriebs-Berater, Juni 1955, S. 377 ff.
- Neuner, AcP 133 Neuner, Robert: Interesse und Vermögensschaden, in: Archiv für die civilistische Praxis, 133. Band, Tübingen 1931, S. 277 ff.
- Nikisch, Arbeitsrecht I Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, 1. Band, Allg. Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961
- Nipperdey, ZAkDR 1938 Nipperdey, H. C.: Zur Frage des Ersatzes des Drittschadens, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, Berlin, April 1938, S. 262 ff.
- Oertmann, Vorteilsausgleichung Oertmann, Paul: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901
- Oertmann Oertmann, Paul: Recht der Schadensverhältnisse, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, 1. Abteilung, §§ 241 bis 432, 5. Aufl., Berlin 1928

- XVIII -

Offerhaus, BB 1963

Offerhaus, Klaus: Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers eines unfallgeschädigten Arbeitnehmers wegen Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit, in: Der Betriebsberater, Juni 1963, S. 772 ff.

Palandt-Bearb.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 25. Aufl., München und Berlin 1966

Planck-Bearb.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 1. Hälfte (§§ 241-432), 4. Aufl., Berlin 1914

Raisch, Voraussetzungen

Raisch, Peter: Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965

Raisch, JZ 1965

Raisch, Peter: Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld, in: Juristenzeitung, 1965, S. 703 ff.

Raiser, JZ 1961

Raiser, Ludwig: Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, in: Juristenzeitung, Tübingen, Ausg. 1961, S. 465 ff.

Th. Raiser, Adäquanztheorie, JZ 1963

Raiser, Thomas: Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm, in: Juristenzeitung, 1963, S. 462 ff.

RGRK-Bearb.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., 1. Band, 2. Teil (§§ 241-432), Berlin 1960

RGRK-Bearb.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., 2. Band, 1. Teil (§§ 433-704), Berlin 1959

RGRK-Bearb.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., 2. Band, 2. Teil (§§ 705-853), Berlin 1960

- RGRK-HGB-Würdinger Reichsgerichtsräte-Würdinger:
Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
früher Reichsgerichtsräte-Kom-
mentar, 1. Band (§§ 1-104 HGB),
bearbeitet von Hans Würdinger,
Hamburg, 2. Aufl. 1953, Berlin
- Reinhardt, Drittschaden Reinhardt, Rudolf: Der Ersatz
des Drittschadens, Mannheim-
Berlin-Leipzig 1933
- Reinicke, Frage des Über- Reinicke, G. u. D.: Zur Frage
gangs, NJW 1953 des Übergangs von Schadenser-
satzansprüchen auf Arbeitgeber
und Versicherungsträger, in:
Neue Juristische Wochenschrift,
August 1953, S. 1243 ff.
- Reinicke, Übergang von Reinicke, G. u. D.: Zum Übergang
Schadensersatzansprüchen, von Schadensersatzansprüchen auf
NJW 1956 Arbeitgeber und Dienstherrn, in:
Neue Juristische Wochenschrift,
Oktober 1956, S. 1464 ff.
- Rosenthal-Bohnenberg: Rosenthal-Bohnenberg: Bürgerli-
ches Gesetzbuch, Kommentar, 15.
Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München,
1965
- Rother Rother, Werner: Haftungsbeschrän-
kung im Schadensrecht, München
und Berlin 1965
- Schelp-Herbst, BABl 1956 Schelp und Herbst: Die Lohnfort-
zahlung im Krankheitsfall, in:
Bundesarbeitsblatt, Februar
1956, Stuttgart und Köln, S.
67 ff.
- Schmalzl, NJW 1953 Schmalzl, Max: Zur Problematik
des § 616 Abs. 2 BGB, Eine Stel-
lungnahme zur Entscheidung des
BGH, in: Neue Juristische Wochen-
schrift, März 1953, S. 445 ff.
- Schmidt, Regreß, VersR Schmidt, Reimer: Der Regreß des
1953 Versicherers (§ 67 VVG und
§ 1542 RVO), in: Versicherungs-
recht, Dezember 1953, S. 457 ff.

R. Schmidt, Unechte
Solidarität

Schmidt, Rudolf: Unechte Solidarität, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 72.-73. Band (Zweite Folge, 36. Band), Jena 1922, S. 1 ff.

Schmidt, AcP 163

Schmidt, Rudolf: Buchbesprechung von Selb: Schadensbegriff und Regreßmethoden, in: Archiv für die civilistische Praxis, 163. Band, 1964, Tübingen, S. 530 ff.

Selb, Schadensbegriff

Selb, Walter: Schadensbegriff und Regreßmethoden, Eine Studie zur Wandlung der Denkformen des Regresses bei Schuldnermehrheit mit der Veränderung des Schadensbegriffes, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Neue Folge, 10. Abhandlung, Heidelberg 1963

Selb, NJW 1963

Selb, Walter: Der Regreß des Versicherungs- und Versorgungsträgers über § 683 und § 812 BGB, in: Neue Juristische Wochenschrift, November 1963, S. 2056 ff.

Selb, Haftung, NJW 1964

Selb, Walter: Zur Haftung des Architekten neben dem Bauunternehmer, in: Neue Juristische Wochenschrift, Januar 1964, S. 18 ff.

Selb, Kritik form. Drittschadensthesen, NJW 1964

Selb, Walter: Kritik formaler Drittschadensthesen, in: Neue Juristische Wochenschrift, September 1964, S. 1765 ff.

Siebert, Schadensersatz
und Lohnfortzahlung

Siebert, Wolfgang: Schadensersatz und Lohnfortzahlung, Die Bedeutung der Lohnfortzahlung nach § 616 BGB für Schadensersatzansprüche aus Verletzung eines Arbeitnehmers durch Dritte, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, Band 2, Berlin-Tübingen-Frankfurt/M. 1956, S. 670 ff.

Sieg, JZ 1954

Sieg, Karl: Schadensersatz und Versorgung, in: Juristenzeitung, Juni 1954, S. 337 ff.

Sieg, VersR 1964

Sieg, Karl: Der Umfang des auf den Arbeitgeber übergegangenen Schadensersatzanspruchs des verletzten Arbeitnehmers, in: Versicherungsrecht, Januar 1964, S. 8 ff.

Söllner, AcP 167

Söllner, Alfred: Ohne Arbeit kein Lohn, in: Archiv für die civilistische Praxis, 167. Band, Tübingen 1967, S. 193 ff.

Soergel-Siebert-Bearb.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 1. Band (§§ 1-432), Stand: Juni 1959, 9. Aufl., Stuttgart 1959

Soergel-Siebert-Bearb.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2. Band (§§ 433-853), Stand: Frühjahr 1962, 9. Aufl., Stuttgart 1962

Spoth, Sozialversicherung 1951

Spoth, Wilhelm: Verstößt § 12 Abs. 3 TOA gegen § 616 Abs. 2 BGB?, in: Die Sozialversicherung, September 1951, S. 211 f.

Staud.-Werner

Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band II, Teil 1c, Lieferung 1, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 249-255), Alfred Werner, 11. Aufl., 27. Lieferung, Berlin 1959

Staud.-Werner

Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 278-304), Alfred Werner, 10.-11. Aufl., 39. Lieferung, Berlin 1964, Band II, Teil 1c, Lieferung 3

Staud.-Bearb.

Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil (§§ 611-704), 11. Aufl., Berlin 1958

Tägert

Tägert, Hans: Die Geltendmachung des Drittschadens, in: Abhandlungen aus dem Kieler Seminar für deutsches Gemeinrecht, Heide, Heft 1, 1938

Taube, VersR 1953

Taube, Werner: Kann der zur Lohn- oder Gehaltsfortzahlung gesetzlich verpflichtete Arbeitgeber vom Schädiger seines Arbeitnehmers Ersatz verlangen?, in: Versicherungsrecht, März 1953, S. 89 ff.

Taube, VersR 1953, Urt.-Anm.

Taube, Werner: Anmerkung zu einem Urteil des LG Hamburg vom 12. Juni 1953, in: Versicherungsrecht, Juli 1953, S. 294 f.

Taube, Billigkeit, VersR 1954

Taube, Werner: Verlangt die Billigkeit, daß der Arbeitgeber Ersatz für das von ihm fortgezahlte Gehalt vom Verletzer seines Angestellten erhält?, in: Versicherungsrecht, März 1954, S. 107 ff.

Taube, NJW 1954, Urt.-Anm.

Taube, Werner: Anmerkung zu einem Urteil des OLG Hamburg vom 23.2. 1954, in: Neue Juristische Wochenschrift, Juni 1954, S. 881 ff.

Taube, VersR 1956
Versorgungsanspruch

Taube, Werner: Kritische Betrachtung zur Theorie des Versorgungsanspruchs (§ 616 BGB), in: Versicherungsrecht, März 1956, S. 139 f.

Thiele, AcP 167

Thiele, Wolfgang: Gedanken zur Vorteilsausgleichung, in: Archiv für die civilistische Praxis, 167. Band, Tübingen 1967, S. 193 ff.

Titze

Titze, Heinrich: Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. erweiterte Aufl., Berlin 1932 (Neudruck Berlin 1948)

Voss, VersR 1957

Voss, Georg: Das Recht am "eingesetzten und ausgeübten Gewerbebetrieb" als Gegenstand des Schadenersatzanspruchs in der Haftpflichtversicherung, in: Versicherungsrecht, Dezember 1957, S. 765 f.

Walter, JW 1937

Walter: Zum Problem der Vorteilsausgleichung gegenüber Haftpflichtansprüchen. Sind private Versicherungsleistungen anrechnungsfähig?, in: Juristische Wochenschrift, April 1937, S. 846 ff.

Werner, NJW 1955

Werner, Alfred: Vorteilsausgleichung, Kausalität und das Wesen der Schadenersatzpflicht, in: Neue Juristische Wochenschrift, Mai 1955, S. 769 ff.

Wieczorek

Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommentar, Band IV, Teil 1 (ZPO, 8. Buch, §§ 704-863), Berlin 1958

Wöhe

Wöhe, Günter: Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Berlin und Frankfurt 1964, 6. Aufl.

Wolf

Wolf, Ernst: Das Recht am eingesetzten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in: Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 665 ff.

Zeuner, AcP 163

Zeuner, Albrecht: Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, in: Archiv für die civilistische Praxis, 163. Band, Tübingen 1964, S. 380 ff.

Ziegler

Ziegler, Franz: Grundsätze und Gemeinschaftsrichtlinien für das Rechnungsweisen - Spezialausgabe Großhandel, Frankfurt 1954

1. Abschnitt

Einleitung

- I. In den vergangenen Jahren mußte sich die Rechtsprechung wiederholt mit der Frage beschäftigen, ob und in welcher Höhe einem Arbeitgeber Ersatzansprüche gegen einen Dritten zustehen, der einen bei ihm im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ¹⁾ beschäftigten Arbeitnehmer schuldhaft verletzt und dadurch dessen Arbeitsunfähigkeit herbeigeführt hat, während der Arbeitgeber diesem Arbeitnehmer für einen gewissen Zeitraum der Erkrankung den Lohn weitergezahlt hat, sei es freiwillig, sei es aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtung.

Die Diskussion dieser Frage knüpft in besonderem Maße an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Juni 1952 an, deren Leitsatz folgendes ausspricht ²⁾:

"1. Über den abschließend in den §§ 844, 845 BGB aufgeführten Personenkreis der mittelbar geschädigten Dritten hinaus besteht kein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. Der Arbeitgeber hat wegen der Lohnfortzahlung an einen unfallgeschädigten dienstunfähig gewordenen Angestellten keinen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger aus eigenem Recht.

- 2.a) § 616 Abs. 2 BGB umfaßt nicht nur bloße Krankheitsfälle; auch unfallverletzte Angestellte können einen durch § 616 Abs. 2 BGB geschützten Vergütungsanspruch gegen ihren Dienstherrn haben.

1) Die Frage eines Schadensausgleichs bei einer Lohn- bzw. Gehaltsfortzahlung an Arbeiter, Angestellte und Beamte im öffentlichen Dienst soll hier nicht behandelt werden.

2) BGHZ 7, 30 ff. (Aktz. III ZR 295/51).

- b) Die Schutzbestimmung des § 616 Abs. 2 BGB will nach ihrer in Verbindung mit § 189 RVO sich ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Zweckbestimmung die Krankenkasse entlasten; sie soll aber nicht zu einer Entlastung des Schädigers aus unerlaubter Handlung führen. Die Anrechnung von Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers auf den Schadensersatz des Schädigers ist zu verneinen. Gegen die Abtretung der Ersatzansprüche an den Arbeitgeber gemäß § 12 Abs. 3 TOA bestehen jedenfalls dann keine Bedenken, wenn der Abtretende den vollen Gegenwert von dem Arbeitgeber erhalten hat und ihn behält."

Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof u.a. aus, ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb könne bei der Verletzung eines Arbeitnehmers nicht anerkannt werden, weil dadurch eine unzulässige richterliche Rechtsschöpfung eingeleitet werde, die das System spezialisierter Haftungsstatbestände des Deliktsrechts verlasse ¹⁾. Dem verletzten Angestellten stehe aber trotz der Lohnfortzahlung ein Schadensersatzanspruch gegen den Deliktsschädiger zu, welchen er dem Arbeitgeber abtreten könne ²⁾. Wenn auch rein begrifflich kein Schaden entstanden sei, so sei ein solcher unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung dennoch gegeben. Durch die am Anfang stehende Frage nach der Entstehung eines Schadens dürfe der Blick für die Frage des Schadensausgleichs und der Berechnung des wirklich entstandenen Schadens nicht versperrt werden. Der Arbeitnehmer müsse sich, soweit er vom Arbeitgeber befriedigt worden sei, seine Schadensersatzansprüche gegen den Schädiger auf seinen Lohnanspruch, der insoweit im Verhältnis zum Schädiger abdingbar sei,

1) BGHZ, aaO., 36.

2) BGHZ, aaO., 49 ff.

anrechnen lassen und seinen Schadensersatzanspruch dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen. Den Schädiger gehe der Anspruch des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber aus § 616 Abs. 2 BGB "nichts an"; er könne nicht einwenden, es sei kein Schaden entstanden ¹⁾.

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist auf Widerspruch gestoßen. Das OLG Koblenz hat durch Urteil vom 25. März 1955 genau entgegengesetzt entschieden ²⁾:

"Soweit ein Unfallverletzter gemäß § 616 Abs. 2 BGB Anspruch auf volles Gehalt hat, erwächst ihm kein Schaden."

Das Oberlandesgericht begründet diese Entscheidung in bewußter Abkehr von der oben zitierten Bundesgerichtsscheidung damit, der Verdienst des Angestellten sei trotz der körperlichen Beeinträchtigung ungeschmälert geblieben. Die verminderte Arbeitsfähigkeit habe sich nicht auf seine Vermögenslage ausgewirkt; ein Schaden sei nicht entstanden; der Angestellte könne also auch keinen Ersatzanspruch an seinen Arbeitgeber abtreten. Auch durch die Lehre vom Vorteilsausgleich könne im Gegensatz zur Ansicht des Bundesgerichtshofs ein Schaden nicht begründet werden, da eine Vorteilsausgleichung ebenfalls einen Schaden voraussetze ³⁾.

In der Frage, ob bei der Lohnfortzahlung an einen schuldhaft durch einen Dritten verletzten Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein Ersatzanspruch zugebilligt werden kann, stehen sich demnach in der Literatur ⁴⁾ und Rechtsprechung verschiedene Meinungen gegenüber, die zu gegensätzlichen Ergebnissen gelangen oder aber das gleiche Er-

1) BGHZ, aaO., 49.

2) NJW 1955, 794 f. = VersR 1955, 300.

3) NJW 1955, 795.

4) Vgl. unten, S. 9 ff.

gebnis unterschiedlich begründen. Hauptstreitpunkte sind die Fragen, ob der Arbeitnehmer trotz der Lohnfortzahlung einen Erwerbsschaden erlitten hat und auf welchem Wege der Arbeitgeber gegen den Verletzer seines Arbeitnehmers Regreß nehmen kann ¹⁾. Das Problem ist für die Praxis des Schadensersatzrechts bedeutsam; deshalb die nachfolgende Untersuchung.

II. Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle gewinnt für den Arbeiter besondere Bedeutung. Während der Lohnfortzahlungsanspruch der Angestellten durch die §§ 616 Abs. 2 BGB ²⁾, 63, 72 Abs. 2 HGB und 133c Abs. 2 GewO festgelegt wird, ist die Rechtslage der Arbeiter erst in neuerer Zeit durch das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 26. Juni 1957 und 12. Juli 1961 der Lage der Angestellten angenähert worden ³⁾. Vor dem Inkrafttreten dieses ArbKrG wurde die Lohnfortzahlung an Arbeiter vorwiegend durch Tarifverträge und nur subsidiär durch § 616 Abs. 1 BGB geregelt; sie konnte daher u.U. durch einen Arbeitsvertrag ganz oder teilweise abbedungen werden, da die Unabdingbarkeit nach § 616 Abs. 2 BGB nur zugunsten der Ange-

-
- 1) Vgl. dazu die umfassenden Zusammenstellungen bei Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 670, Anm. 2 und 3; Selb, Schadensbegriff, S. 53, Anm. 2; und bei Kollhossner, AcP 166, 277 ff.
 - 2) Vgl. auch die in §§ 1 und 2 des Angestelltenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 23. Februar 1957, BGBI. I, S. 88 ff., über die Aufgaben der Angestelltenversicherung und über die Versicherungspflicht, sowie § 3 aaO. zum Begriff des Angestellten.
 - 3) BGBI. I, S. 649 ff., mit einer Änderung durch das Gesetz vom 12. Juli 1961, BGBI. I, S. 913; künftig verwandte Abkürzung ArbKrG = Arbeiter-Krankheitsgesetz.

stellten gilt. § 6 ArbKrG stellt die Arbeiter den Angestellten insoweit weitgehend gleich.

III. Die Frage nach einem Schadensausgleich in den Fällen, in denen dem leistungspflichtigen öffentlichrechtlichen Dienstherrn, der Unfallversicherung oder der Berufsgenossenschaft eine dritte Person gegenübersteht, welche die Verletzung des Beamten, Versicherungsnehmers oder Versorgungsempfängers schuldhaft herbeigeführt hat, beschäftigte Rechtsprechung und Schrifttum schon seit der Jahrhundertwende. Man vermißt aber in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Stellungnahme zu der speziellen Frage, ob und gegebenenfalls wie ein Schadensausgleich zugunsten des Arbeitgebers eines im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis beschäftigten Arbeitnehmers erfolgen kann. Das dürfte darauf zurückzuführen sein, daß nach Ansicht des Reichsgerichts und der damals herrschenden Meinung über den Vorteilsausgleich, die sich hauptsächlich auf die Lehre Oertmanns ¹⁾ stützte, zwischen schadenmindernden Leistungen Dritter, die durch eigene Aufwendungen des Verletzten erworben worden waren (Versicherungsleistungen) sowie freiwilligen und vertraglichen Leistungen Dritter einerseits und Leistungen Dritter, die aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgten, andererseits unterschieden wurde. Die erstgenannten Leistungen sollten auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten gegen den Schädiger nicht angerechnet werden, da sie mit der Verletzungshandlung nicht im adäquaten Kausalzusammenhang stünden. Der Verletzte erlitt danach trotz der Leistung eines Dritten einen Schaden und erhielt damit einen Schadensersatzanspruch, den er dem Träger der Zuwendung abtreten konnte. Dagegen sollten Leistungen Dritter, die auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruhten, mit der Verlet-

1) Oertmann, Vorteilsausgleichung, 1901.

zungshandlung in adäquatem Zusammenhang stehen und deshalb angerechnet werden. Dem Verletzten stand dann auch kein abtretbarer Schadensersatzanspruch zu ¹⁾.

Aus dieser Ansicht folgte, daß bei einer Lohnfortzahlung nach den §§ 616 BGB, 63 HGB und 133c Abs. 2 GewO dem Arbeitnehmer kein Schadensersatzanspruch zustand, während er im Falle einer vertraglichen oder freiwilligen Lohnfortzahlung einen Schadensersatzanspruch erwarb, den er an den Arbeitgeber abtreten konnte ^{2) 3)}.

Das Reichsgericht äußerte in seiner späteren Rechtsprechung selbst Bedenken, ob die Entscheidung richtig sei, daß bei der Fortzahlung von Bezügen aufgrund gesetzlicher Verpflichtung kein Schaden entstehe, bei der Fortzahlung aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung aber mangels eines adäquaten Zusammenhangs zwischen der schädigenden Handlung und der schadensmindernden Leistung eines Dritten ein Schaden anerkannt werden müsse.

-
- 1) RGZ 64, 350 (353); RGZ 70, 101 (102); RGZ 130, 258 (261); RGZ 151, 330 (333-334).
 - 2) Interessant ist in diesem Zusammenhang die abweichende Entscheidung RGZ 61, 293 (295-296), die sagt, ein Beamter habe gemäß § 843 BGB gegen den Deliktsschuldner einen Anspruch auf Zahlung einer Rente. Diesen Anspruch könne er seinem Dienstherrn abtreten. Der Anspruch werde gem. § 843 Abs. 4 BGB nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verletzte von einem Dritten Unterhalt beziehe und "natürlich" auch nicht dadurch, daß ein Dritter das Gehalt weiterzahle.
 - 3) Auch im Zusammenhang mit der cessio legis von Schadensersatzforderungen an den öffentlichrechtlichen Dienstherrn und die Berufsgenossenschaft des Verletzten mußte sich das RG wiederholt mit der Frage der Anrechnung von Versorgungsleistungen auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten befassen. Es entschied hier, ein Schadensersatzanspruch des Verletzten sei auch in Höhe der an ihn gezahlten Versorgungsleistungen entstanden und übergegangen; der Schaden bestehe nicht nur in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der Versorgungsleistung und dem vorher bezogenen Gehalt: RGZ 63, 382 (388); ähnlich RGZ 73, 213 (216); RGZ 80, 48 (51); RGZ 92, 401 (405).

Jedoch konnte es die Frage in dem damals diskutierten Fall auf sich beruhen lassen ^{1) 2)}.

IV. Die moderne Diskussion über den Schadensausgleich bei Lohnfortzahlung hat sich erst nach dem Kriege im Anschluß an die eingangs zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs ³⁾ entwickelt. Am Inhalt dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof, gefolgt vom größten Teil der Rechtsprechung ⁴⁾, im Ergebnis festgehalten, wenn auch zum Teil mit wechselnden Begründungen ⁵⁾.

In einem Fall hat der Bundesgerichtshof die Anrechnung freiwilliger Zuwendungen mit der Begründung abgelehnt, diese Zuwendungen seien zwar durch den Unfall adäquat verursacht worden; vor einer Vorteilsanrechnung müsse aber die gesamte Interessenlage mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht geprüft werden, der Schädiger dürfe nicht unbillig begünstigt werden ⁶⁾.

-
- 1) RGZ 146, 287 (288-289); auch Baur lehnte bereits 1937 den adäquaten Kausalzusammenhang als Voraussetzung einer Vorteilsausgleichung ab und wollte stattdessen immer da eine Anrechnung von Vorteilen ausschließen, wo Gerechtigkeit und Billigkeit eine Nichtanrechnung verlangten (JW 1937, 1463 f.).
 - 2) Abweichend mit der Begründung, es sei kein Schaden entstanden, RGZ 165, 236 (239).
 - 3) BGHZ 7, 30 ff.
 - 4) OLG Hamburg, MDR 1954, 292; LG Hamburg, MDR 1954, 481 f.; OLG Bremen, NJW 1955, 264 f.; OLG Hamburg, NJW 1956, 224; OLG Karlsruhe, MDR 1956, 293.
 - 5) BGHZ (Gr. Senat) 9, 179 ff.; BGHZ 10, 107 ff.; BGHZ (Gr. Senat) 13, 360 ff.; BGHZ 21, 112 ff. = NJW 1956, 1473 ff.
 - 6) BGHZ 10, 107 (108).

In einem anderen Falle hat der Große Senat des Bundesgerichtshofs dasselbe Ergebnis mit dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB begründet, aus dem gefolgert werden müsse, daß der Schädiger nicht entlastet werden dürfe, wenn ein Dritter zugunsten des Arbeitnehmers einspringe ¹⁾. Der Arbeitgeber habe gegen den Deliktsschuldner zwar keinen Ausgleichsanspruch aus einer Gesamtschuld, da zwischen den beiden Forderungen des Arbeitnehmers gegen Arbeitgeber und Deliktsschuldner kein innerer Zusammenhang bestehe ²⁾; der Arbeitnehmer könne seinen Anspruch gegen den Deliktsschuldner aber an den Arbeitgeber abtreten, da § 400 BGB trotz seines Wortlauts einer Abtretung dann nicht entgegenstehe, wenn der Arbeitnehmer seinen Lohn bereits erhalten habe ³⁾.

In einer weiteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof bei der Ablehnung eines Vorteilsausgleichs damit argumentiert, daß die Lohnfortzahlung auf sozialpolitischen Gesichtspunkten und auf Gründen der Humanität basiere; wegen des besonderen Fürsorgecharakters der Leistung des Dienstherrn könne der Schädiger nicht von seiner Schadensersatzpflicht befreit werden, da anderenfalls der Sinn der Leistung ins Gegenteil verkehrt werde; es komme nicht darauf an, daß der Betroffene wirtschaftlich keinen Schaden erlitten habe ⁴⁾.

Bei der Berechnung des Erwerbsschadens im einzelnen geht der Bundesgerichtshof neuerdings sogar so weit, den Schaden des Arbeitnehmers nicht mehr als Differenz zweier Vermögenslagen zu errechnen; der Verletzte habe ja

1) BGHZ (Gr. Senat) 13, 360 (364).

2) BGHZ, aaO., 365.

3) BGHZ, aaO., 367 ff.

4) BGHZ 21, 112 ff. = NJW 1956, 1473 ff., vgl. auch § 562 der Mot. II zum ersten Entwurf des BGB.

wirtschaftlich keine Einbuße erlitten. Der Arbeitnehmer habe vielmehr einen "normativen Schaden" in Höhe dessen erlitten, was er im konkreten Arbeitsverhältnis durch die Verwertung seiner Arbeitskraft laufend erworben habe und nunmehr trotz ihres zeitweiligen Ausfalls tatsächlich nicht verliere ¹⁾.

Die Gegenmeinung in der Rechtsprechung, die einen Schadensausgleich zugunsten des Arbeitgebers ablehnt, begründet dieses Ergebnis in Übereinstimmung mit dem OLG Koblenz ²⁾ ³⁾ damit, dem Verletzten sei wegen der Lohnfortzahlung kein Schaden entstanden, er könne also auch keinen Schadensersatzanspruch abtreten.

Im Schrifttum will nur Dersch dem Arbeitgeber einen Anspruch aus eigenem Recht wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einräumen ⁴⁾. Diese Ansicht wird jedoch einhellig mit der Begründung verworfen, es fehle bei der Verletzung eines Arbeitnehmers an einem unmittelbaren Eingriff in den Betrieb und das System spezialisierter Haftungstatbestände des Deliktsrechts werde bei Gewährung eines Anspruchs für diesen Fall durchbrochen ⁵⁾.

Vereinzelt wird auch die Ansicht vertreten, der Arbeit-

1) BGHZ 43, 381; BGH, JZ 1965, 572; BGH, NJW 1965, 1592 f.

2) Dieses Urteil wurde durch die Entscheidung BGHZ 21, 112 ff. aufgehoben.

3) Wie das OLG Koblenz: LG Frankfurt, NJW 1952, 589 Nr. 17; LG Itzehoe, VersR 1952, 326; LG Tübingen, VersR 1952, 343; LG München, VersR 1955, 110.

4) Dersch, BB 1952, 891; nicht grundsätzlich ablehnend Lange, Arbeitgeber 1953, 774.

5) Palandt-Gramm, § 823, Anm. 6g; Erman-Drees vor § 823, Anm. 6; RGRK-Haager, § 823, Anm. 27; Sieg, JZ 1954, 339; Harms, JZ 1958, 157.

geber habe gegen den Verletzer des Arbeitnehmers einen Ausgleichsanspruch aus einer Gesamtschuld gemäß § 426 BGB ¹⁾. Dem wird jedoch zumeist entgegengehalten, zwischen Arbeitgeber und Schädiger bestehe nur ein scheinbares Gesamtschuldverhältnis, auf das § 426 BGB nicht anwendbar sei ²⁾.

Häufiger wird auch behauptet, der Arbeitgeber könne nach der Lohnzahlung gegen den Verletzer Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag und aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen, da er durch die Zahlung zugleich im Interesse des Schädigers handle und diesen damit auch ohne Rechtsgrund von einer Verbindlichkeit befreie ³⁾. Dagegen gibt man zu bedenken, diese Zahlungen brächten dem Schädiger keinen Vorteil ein, da der Schadensersatzanspruch des Verletzten wegen der Nichtanrechnung der Lohnfortzahlung fortbestehe ⁴⁾.

Mehrere Autoren sprechen dem Arbeitgeber schließlich das Recht zu, seinen Schaden in Höhe des weitergezahlten Lohns durch den Arbeitnehmer im Wege einer Schadensliquidation im Drittinteresse geltend machen zu lassen ⁵⁾.

Diese Ansicht wird nun wiederum deshalb abgelehnt, weil es zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer an einer Inter-

-
- 1) Dietz, NJW 1952, 589; Breithaupt, NJW 1953, 97.
 - 2) Selb, Schadensbegriff, S. 55 und S. 20, im Anschluß an Larenz, Schuldrecht I, S. 386.
 - 3) Nipperdey, ZAkDR 1938, 263; Dietz, NJW 1952, 589; Herbst, RdA 1952, 300; Esser, MDR 1957, 523.
 - 4) Sieg, JZ 1954, 340; Larenz, Schuldrecht II, S. 466 ff.; Selb, Schadensbegriff, S. 55 und S. 30-36.
 - 5) Nipperdey, ZAkDR 1938, 262; Breithaupt, NJW 1953, 97; Offerhaus, BB 1963, 773; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 340; Erman, § 249, Anm. 9 e 7; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616, Anm. 49; an neuerer Literatur ist hierzu besonders der Aufsatz von Kollhosser in AcP 166, 277 ff., zu erwähnen.

essenverknüpfung im Sinne der Lehre von der Drittschadensliquidation fehle, die den Arbeitnehmer zwingen könne, den Schaden des Arbeitgebers gegen seinen Verletzer geltend zu machen ¹⁾.

Hauptstreitpunkt ist jedoch nach wie vor die Frage, ob dem Arbeitnehmer durch die Verletzung ein Schaden an seinem Einkommen entstehe; denn nur dann stünde ihm ein Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer zu, den er an seinen Arbeitgeber abtreten könne.

Diejenigen, die im Ergebnis dem Arbeitgeber einen Regreß versagen, begründen das damit, daß dem Arbeitnehmer wirtschaftlich kein Schaden entstanden sei; man könne deshalb auch nicht zu Lasten des Schädigers eine Vorteilsanrechnung ablehnen, da jede Vorteilsanrechnung einen Schaden voraussetze, der erst durch den Vorteil gemindert werde ²⁾.

Von den Vertretern der Gegenmeinung wird auf verschiedenste Weise versucht, einen Eigenschaden des Arbeitnehmers zu begründen, damit diesem ein an seinen Arbeitgeber abzutretender Schadensersatzanspruch zugebilligt werden kann.

Ein Teil der Literatur meint hier, die Lohnfortzahlung aus sozialen Gründen betreffe nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und betreffe den Schädiger nicht ³⁾. Zum Teil verweigert man dem Schädiger

1) Taube, VersR 1953, 95; Sieg, JZ 1954, 340; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 690.

2) Fleischmann, VersR 1952, 213; Schmalzl, NJW 1953, 445; Taube, VersR 1953, 91; Werner, NJW 1955, 770; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 677; Esser, Schuldrecht, S. 274.

3) Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1234; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 4; Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 8.

ger unter Hinweis auf den Zweck der Lohnfortzahlung, die Interessenlage, die Billigkeit und den Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB die Berufung darauf, der Arbeitnehmer habe durch die Verletzung wegen der Lohnfortzahlung keinen Schaden erlitten ¹⁾. Andere wiederum wollen einen Eigenschaden des Arbeitnehmers mit Hilfe einer Analogie zu den Vorschriften über eine cessio legis von Schadensersatzansprüchen auf die Träger der Versorgungslast, aus den Rechtsgedanken der §§ 255, 281 BGB und des § 843 Abs. 4 BGB fingieren ²⁾. Sieg ³⁾ versucht die Begründung eines Schadens des Arbeitnehmers dadurch, daß er das im Krankheitsfalle fortgezahlte Gehalt als Versorgungsleistung betrachtet, die er im Gegensatz zu dem vor der Erkrankung gezahlten Gehalt auf einen andersartigen Anspruch des Arbeitnehmers auf Versorgung bezieht; da der Arbeitnehmer insoweit keinen Lohn bekomme, erwachse ihm ein Schaden. Die Parteien des Arbeitsvertrages wollen einen Schaden des Arbeitnehmers häufig auf rechtlichem Wege dadurch herbeiführen, daß sie in Einzelarbeitsverträgen oder in Tarifverträgen vereinbaren, der Arbeitnehmer solle seinen Lohn im Falle einer von einem Dritten zu vertretenden Verletzung nur vorschußweise gegen Abtretung seiner Schadensersatzansprüche weiter erhalten; der Fortzahlungsanspruch wird unter Ausnutzung der in § 616 Abs. 2 BGB gegebenen Möglichkeit bis auf einen Tag verkürzt, die vom Arbeitnehmer oder Arbeitgeber eingezogenen Schadensersatzleistungen des Verletzers auf

-
- 1) Herbst, RdA 1952, 300; Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1243; dies. NJW 1956, 1464; Harms, JZ 1958, 157-158; RGRK-Nastelski vor § 249 Anm. 80 und 88; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neuman, § 616 Anm. 59.
- 2) Nipperdey, ZAkDR 1938, 263; Brecht, BB 1951, 396; Herbst, RdA 1952, 396; Schelp-Herbst, BABl. 1956, 75; Harms, JZ 1958, 158; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 641.
- 3) Sieg, JZ 1954, 338.

den Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers verrechnet. Durch die nur bedingte Lohnfortzahlung soll dem Arbeitnehmer dann ein Schaden entstehen ¹⁾.

In neuerer Zeit versucht man vereinzelt, einen Schaden des Arbeitnehmers zu begründen, indem man die bisher herrschende Differenztheorie modifiziert. Der Schadensbegründung liegt danach eine normative Schadensauffassung zugrunde. Einen Ansatz zu einer normativen Betrachtungsweise findet man bei Harms, der sagt, der Arbeitnehmer erleide rein rechtlich den Schaden, nicht mehr arbeiten zu können ²⁾. Damit wird die naturalistische Schadensauffassung der Differenztheorie, die den Schaden lediglich als Differenz im Vermögen des Verletzten bei Vergleich der Vermögenslagen vor und nach der Verletzungshandlung ansieht, aufgegeben ³⁾. Auch Selb lehnt die Anwendung der Differenztheorie auf diesen Fall mit der Begründung ab, ein konkreter Schaden könne dem einzelnen Bürger dann nicht mehr entstehen, wenn er gegen alle Wechselfälle des Lebens durch soziale Versorgung gesichert sei. Der Schaden wirke sich dann erst beim Träger der Versorgungslast aus, hier also dem Arbeitgeber. Man könne aber dem Schädiger nicht deshalb, weil er in einem Versorgungsstaat lebe, einen Freibrief für schädigende Handlungen ausstellen; vielmehr müsse er im Wege der normativen Schadensberechnung, da er dem Scha-

1) Vgl. zur Diskussion über die Gültigkeit des § 12 Abs. 3 TOA: Friedrich, VersR 1950, 141; Bach, Sozialversicherung 1950, 225 f.; Brecht, BB 1951, 396; Spoth, Sozialversicherung 1951, 211 f.; Dietz, NJW 1952, 589; Herbst, RdA 1952, 297 ff.; Taube, VersR 1953, 92; Lange, Arbeitgeber 1953, 775; Böhm, ArbuRecht, 1956, 300 ff.; Harms, JZ 1958, 157; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642.

2) Harms, JZ 1958, 158; zust. Larenz, Schuldrecht I, S. 163 Anm. 4.

3) Vgl. zur Differenztheorie statt vieler Enneccerus-Lehmann § 14 I.

den doch am nächsten stehe, zum Ausgleich des von ihm verursachten "Sozialschadens" herangezogen werden ¹⁾.

V. Die vorliegende Arbeit will die Frage eines Schadensausgleichs im Falle der Lohnfortzahlung auf folgendem Wege zu lösen versuchen:

Nach Klärung der Voraussetzungen, wann und in welcher Höhe den Arbeitgeber eine Pflicht zur Lohnfortzahlung trifft, ist zu untersuchen, ob der Arbeitgeber durch die Lohnfortzahlung und den Ausfall der Arbeitskraft des Arbeitnehmers im Betrieb einen Schaden erleidet und welchen Umfang der Schaden gegebenenfalls haben kann.

Es wird dann zu prüfen sein, ob dem Arbeitgeber gegen den Verletzer des Arbeitnehmers ein Anspruch aus eigenem Recht zusteht. Hier wäre insbesondere zu untersuchen, ob ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt ²⁾ und ob dieses Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb den in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten absoluten Rechten überhaupt gleichgestellt werden kann ³⁾. Ebenso wäre zu untersuchen, inwieweit der Arbeitgeber und Schädiger als Gesamtschuldner im Sinne der §§ 421 ff. BGB anzusehen sind und welche Bedingungen für das Vorliegen einer Gesamtschuld zu erfüllen sind ⁴⁾. Daneben muß auch erörtert werden, ob der Arbeitgeber gegen den Deliktsschuld-

1) Selb, Schadensbegriff, S. 49-52 und S. 21-25.

2) Palandt-Gramm, § 823 Anm. 6 g; Erman-Drees vor § 823 Anm. 6; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 672-673.

3) Larenz, Schuldrecht II, S. 421 ff.; Deutsch, JZ 1963, 387.

4) Selb, Schadensbegriff, S. 55 und S. 20; Larenz, Schuldrecht II, S. 386 ff.

ner aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Bereicherungsrecht vorgehen kann, was wiederum voraussetzt, daß er durch die Lohnfortzahlung ein Geschäft des Schädigers führt oder diesen von einer Verbindlichkeit befreit ¹⁾.

Dem muß aber die Feststellung vorausgehen, daß trotz der Lohnfortzahlung ein Erwerbsschaden des Arbeitnehmers anzuerkennen ist. Es wäre in diesem Zusammenhang dann zu diskutieren, inwieweit die verschiedenen Theorien zur Begründung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers vertretbar sind, ob also die Lehren von der relativen Abdingbarkeit der Lohnfortzahlung gegenüber dem Deliktsschuldner, von der Fiktion eines Arbeitnehmerschadens in Analogie zu den gesetzlichen Zessionsvorschriften, von der Unterscheidung zwischen Lohn und Versorgung oder von der vorschußweisen Lohnfortzahlung dogmatisch befriedigende Grundlagen zur Begründung des Arbeitnehmerschadens bieten ²⁾.

Insbesondere sind aber die Ansätze zu einer normativen Auffassung vom Vermögensschaden daraufhin zu untersuchen, ob sie zur Feststellung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers neue Gedankengänge einleiten können. Es ist also zu fragen, ob eine Schadensfeststellung, wie vereinzelt vorgeschlagen wird ³⁾, dadurch zu erfolgen hat, daß in Abwandlung der Differenztheorie in ihrer bisher gebräuchlichen Form vor der Einstellung der einzelnen Schadensposten in die Differenzrechnung über diese Einstellung im Wege einer rechtlichen Wertung entschieden werden muß. Dabei wird gegebenenfalls darzulegen sein, wie eine solche Wertung im Einzelfall zu erfolgen hat.

1) Sieg, JZ 1954, 340; Larenz, Schuldrecht II, S. 465; Selb, Schadensbegriff, S. 55 und S. 30-36.

2) Vgl. o., S. 11-13.

3) Zeuner, AcP 163, 385.

Sollte unter diesen Voraussetzungen ein Erwerbsschaden des Arbeitnehmers zu bejahen sein, so wäre immer noch zu entscheiden, ob und aus welchem Grunde er zur Abtretung seines Schadensersatzanspruchs an seinen Arbeitgeber verpflichtet ist, und welche Höhe dieser Schadensersatzanspruch gegebenenfalls haben kann ¹⁾.

Außerdem ist noch von Interesse, ob der Arbeitgeber mit Hilfe des Arbeitnehmers im Wege einer Schadensliquidation im Drittinteresse gegen den Deliktsschuldner vorgehen kann. Voraussetzung wäre, daß die Drittschadensliquidation überhaupt als generelle Lösungskategorie anerkannt werden kann ²⁾ und daß sich der Fall des von einem Dritten verletzten Arbeitnehmers hier auch einordnen läßt ³⁾. An Hand der Prüfung dieser Fragen wird festzustellen sein, ob dem Arbeitgeber gegen den Verletzer des Arbeitnehmers ein Ersatzanspruch zugebilligt werden kann und welche Höhe dieser Anspruch im Einzelfall haben kann.

1) Brecht, BB 1951, 396; Sieg, JZ 1954, 340; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 49; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 59; Schelp-Herbst, BABl. 1956, 75; Medicus, Schl.-Holst.Anz. 1964, 179 ff.

2) Selb, Kritik formaler Drittschadensthesen, NJW 1964, 1765 f.

3) Taube, VersR 1953, 95; Sieg, JZ 1954, 340.

2. A b s c h n i t t

Die zugrunde liegenden Rechtspflichten und Fakten

I. Der Inhalt der Pflicht zur Lohnfortzahlung

1. Die geschichtliche Entwicklung der Gesetzgebung zur Lohnfortzahlung

Der Gedanke, daß die Herrschaft im Krankheitsfalle für das Gesinde zu sorgen habe, war schon dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten bekannt ¹⁾. Die Herrschaft war im Falle der Erkrankung eines Dienstabten, die er sich außerhalb des Dienstes zugezogen hatte, verpflichtet, für seine Kur und seine Verpflegung zu sorgen, wenn seine Verwandten nicht für ihn aufkommen konnten. Die dadurch entstehenden Kosten konnte die Herrschaft jedoch von dem in den Zeitraum der Erkrankung fallenden Lohn des Dienstabten abziehen ²⁾. Derartige Fürsorgepflichten betrafen aber nur das Gesinde, das unmittelbar zur häuslichen Gemeinschaft der Herrschaft gehörte ³⁾.

Diese Vorschriften des ALR, die nur subsidiär nach den örtlichen Gesindeordnungen gültig waren, wurden am 8. November 1810 durch die einheitlich in ganz Preußen geltende Gesindeordnung abgelöst, die sachlich jedoch keine Änderung mit sich brachte ⁴⁾.

Für andere Arbeitsverhältnisse bestanden bezüglich der

1) ALR, §§ 82-98, Teil II, 5. Titel.

2) ALR, §§ 86-92, Teil II, 5. Titel.

3) §§ 87 ff. Gesinde-O; Dernburg II, S. 568, Anm. 1; Förster-Eccius IV, S. 239.

4) ALR, § 4, Teil I, 1. Titel.

gegenseitigen Ansprüche auf Arbeitsleistung und Lohnzahlung die Vorschriften der "Verträge über Handlungen", die von den Grundsätzen der gegenseitigen Verträge ausgingen ¹⁾. Bei einer vorübergehenden zufälligen Arbeitsverhinderung des Arbeiters konnte der Arbeitsherr nach Behebung der Verhinderung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangen, wenn er in der Zwischenzeit den Lohn weitergezahlt hatte; ein Anspruch des Arbeiters auf Lohnfortzahlung bestand jedoch nicht ²⁾.

Erstmalig gewährte hingegen Art. 60 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches vom 24. Juni 1861 dem Handlungsgehilfen für den Fall einer vorübergehenden zufälligen Arbeitsverhinderung auf die Dauer von sechs Wochen einen Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts und Weitergewährung des Unterhalts ³⁾. Diese Vorschrift entsprach damit bereits weitgehend dem heute gültigen § 63 HGB.

Mit der Einführung des BGB wurde in § 616 allgemein festgelegt, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Krankheitsfalle den Lohn für die Dauer einer nicht erheblichen Verhinderung fortzuzahlen habe. Die Motive begründen die Lohnfortzahlungspflicht mit "sozialpolitischen Rücksichten und Gründen der Humanität" ⁴⁾. Die Parteien des Arbeitsvertrages konnten jedoch abweichende Vereinbarungen über Zeitdauer und Höhe der Lohnfortzahlung treffen, da die unabdingbare Lohnfortzahlungspflicht gegenüber Angestellten erst mit der Einführung des Absatzes 2 des § 616 BGB durch die Not-

¹⁾ ALR, §§ 869 ff., Teil I, 11. Titel, 8. Abschnitt; Dernburg II, S. 549-550.

²⁾ ALR, §§ 908, 909, Teil I, 11. Titel, 8. Abschnitt; Dernburg II, aaO.

³⁾ Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1861, S. 480 ff.

⁴⁾ Mot. II, § 562, S. 463.

verordnung vom 1. Dezember 1930 geschaffen wurde ¹⁾. Diese Regelung diente zusammen mit der Neufassung der Vorschriften der Reichsversicherungsordnung, die ein Ruhen der Krankengeldzahlung während der Zeit der Lohnfortzahlung anordneten, der Entlastung der infolge der Weltwirtschaftskrise notleidenden Krankenkassen ²⁾.

Den gegenwärtigen Endpunkt der Entwicklung der Gesetzgebung zur Lohnfortzahlung bildet das bereits oben erwähnte ArbKrG vom 26. Juni 1957 und vom 12. Juli 1961, welches die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle zwischen Arbeitgeber und Krankenkasse aufteilt; der Arbeitgeber leistet hier einen Zuschuß zum Krankengeld, das der Arbeiter von der Krankenkasse erhält.

2. Die allgemeinen Voraussetzungen der Lohnfortzahlung

- a) Als Verhinderungsgründe, welche die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auslösen, werden nur solche Gründe anerkannt, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, also nicht objektive Hindernisse, wie etwa eine Verkehrssperre, da diese objektiven Hindernisse meist die ganze Arbeitnehmerschaft eines Betriebes betreffen und nicht wie Krankheitsfälle vom Arbeitgeber einkalkuliert werden können ³⁾.

1) RGBl. I, S. 521 und 608; die Notverordnung machte die Pflicht zur Lohnfortzahlung auch gegenüber Handlungshelfen und gewerblichen Angestellten durch Einführung der §§ 63 Abs. 1 Satz 2 HGB bzw. 133c Abs. 2 Satz 3 GewO unbedingbar.

2) Vgl. § 189 RVO in der Fassung der Not-VO vom 27. Juli 1930, RGBl. I, S. 322; Schelp-Herbst, BABl. 1956, 67; Schmalzl, NJW 1953, 446; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 675.

3) Hueck-Nipperdey I, S. 330 f.; Enneccerus-Lehmann, J. 526; Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 4 b C; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 9-12; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 9.

Als Verhinderungsgründe gelten nicht nur Krankheiten, sondern auch familiäre Ereignisse und die Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten ¹⁾. Die Zusagepflicht nach dem ArbKrG entsteht allerdings nur im Krankheitsfalle ²⁾. Durch die Verhinderung muß die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer nicht völlig unmöglich gemacht werden; es genügt, wenn es ihm nach allgemein menschlichen Erwägungen nicht zuzumuten ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen ³⁾.

Die §§ 63 HGB und 133c GewO sprechen zwar nicht wie § 616 BGB von "dem in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Grund der Verhinderung", sondern von einem Unglück, das den Handlungsgehilfen bzw. gewerblichen Angestellten an der Leistung der Dienste verhindert. Unter einem Unglück muß aber auch hier jedes für den Angestellten nachteilige Ereignis anerkannt werden und nicht nur ein außergewöhnliches Ereignis, da Handlungsgehilfen und gewerbliche Angestellte nicht schlechter als die übrigen Angestellten behandelt werden dürfen ⁴⁾.

- b) Der Verschuldensbegriff des § 616 BGB kann nicht in ein nach § 254 BGB zu beurteilendes Verschulden des Angestellten gegen sich selbst und in ein nach § 276 Abs. 1 BGB zu beurteilendes Verschulden gegen den Arbeitgeber unterteilt werden ⁵⁾. Das hieße, den

1) Palandt-Gramm, § 616 Anm. 1; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 10.

2) § 1 ArbKrG.

3) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 10; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 12.

4) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 75; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 51; Schelp-Herbst, BABl. 1956, S. 70.

5) So aber RAG in ArbRSamml., Band 6, 206.

Verschuldensbegriff überspannen, da es unzumutbar ist, den Arbeitnehmer zu verpflichten, sich in seinem Privatleben arbeitsfähig zu erhalten¹⁾. Der Verschuldensbegriff kann auch nicht ausschließlich aus § 276 Abs. 1 BGB entnommen werden, indem man etwa ein Verschulden gegenüber dem Arbeitgeber forderte²⁾, da auch hier eine Pflicht, sich arbeitsfähig zu erhalten, konstruiert würde; ein derartiger Verschuldensbegriff wäre auch zu eng, da er das Verhalten des Arbeitnehmers in seinem Privatleben völlig ignorierte. Das würde fast immer zu einer Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers führen, ohne Rücksicht auf ein eventuell leichtfertiges Verhalten des Arbeitnehmers in dessen Privatleben³⁾.

Richtig dürfte es sein, den Vergütungsanspruch nur bei einem gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Mitarbeiter im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten entfallen zu lassen; der Arbeitnehmer darf nicht mutwillig die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegen Treu und Glauben ausnutzen⁴⁾. Durch diese Formulierung wird eine Fortzahlung vor allem in den Fällen ausgeschlossen, in denen der Arbeitnehmer kein soziales Entgegenkommen verdient, etwa wenn seine Verletzung auf eine Trunkenheitsfahrt zurückzuführen ist.

1) Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 16; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 14.

2) Lotmar II, S. 180 ff.

3) Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 13 und 14.

4) Palandt-Gramm, § 616 Anm. 2; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 14; Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 4 d; RGRK-Denecke, § 616 Anm. 4; Schelp-Herbst, BABl. 1956, 70.

- c) § 616 BGB bestimmt als weitere Voraussetzung, die Verhinderung des Dienstverpflichteten dürfe nur eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" andauern. Die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit wird für Angestellte, gewerbliche Angestellte und Handlungsgehilfen in den §§ 616 Abs. 2 BGB, 63 Abs. 1 Satz 1 HGB und 133c Abs. 2 Satz 1 GewO einheitlich auf sechs Wochen festgesetzt. Nach § 1 ArbKrG hat der Arbeitgeber bei der Erkrankung des Arbeiters seinen Zuschuß zu den Leistungen der Krankenkasse ebenfalls für die Dauer von sechs Wochen zu entrichten. Die Bestimmung der nicht erheblichen Zeit in § 616 BGB hat demnach nur noch für solche Fälle Bedeutung, in denen ein Arbeiter durch Umstände an der Arbeitsleistung gehindert wird, die nicht auf einer Erkrankung beruhen. Da diese Fälle nicht durch eine Verletzung des Arbeitnehmers durch einen Dritten hervorgerufen werden können, interessieren sie hier nicht ¹⁾.
- d) Umstritten ist, ob dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Lohnfortzahlung auch dann zusteht, wenn er durch eine Erkrankung von insgesamt erheblicher Dauer - in der Regel also von mehr als sechs Wochen - an der Arbeitsleistung gehindert wird.

Ein Teil des Schrifttums versagt in diesem Falle im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts dem Arbeitnehmer einen Lohnanspruch auch für die vorhergehende, nicht erhebliche Zeitspanne, da der Wortlaut des § 616 BGB eine Fortzahlung nur bei

1) Vgl. zur Bestimmung der nicht erheblichen Zeit: Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 333 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 616 f.; Enneccerus-Lehmann, S. 626; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 2; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 25; im allgemeinen wird man auch hier eine Verhinderung von sechs Wochen Dauer als unerheblich ansehen können, Schelp-Herbst, BABl. 1956, 71.

der Verhinderung von insgesamt nicht erheblicher Dauer vorsehe ¹⁾.

Eine solche Entscheidung entspricht jedoch nicht in vollem Umfang dem Sinn der Pflicht zur Lohnfortzahlung, die zumindest im Falle einer Erkrankung die Angestellten vor wirtschaftlicher Not bewahren will, wie sich aus den Regelungen in den §§ 616 Abs. 2 BGB und 189 RVO ergibt. Bei einer längeren Erkrankung ist eine Lohnfortzahlung nämlich in viel stärkerem Maße erforderlich, damit der Angestellte wenigstens in der ersten Zeit seinen vollen Lohn zur Verfügung hat. Es wäre zudem auch unpraktisch, ihm den Lohn nur bei einer höchstens sechswöchigen Erkrankung weiter zu zahlen, da die Dauer einer Krankheit meistens nicht von vornherein abzusehen ist, so daß der Angestellte unter Umständen sogar verpflichtet wäre, den in den ersten sechs Wochen empfangenen Lohn zurückzuzahlen ²⁾. Man muß daher der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zustimmen, die in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts dem erkrankten Angestellten einen Anspruch auf Lohnfortzahlung auch dann zuspricht, wenn er insgesamt mehr als sechs Wochen krank ist; das Bundesarbeitsgericht begründet seine Ansicht mit der Treu- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ³⁾. Diese Entscheidung kann

1) RAG ArbRSammlg., Band 6, 589; Bd. 36, 171; Bd. 46, 242; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 21; Lehmann, JZ 1955, 459.

2) Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 4 b C; vgl. auch die Begründung zu einer Unterscheidung zwischen der Lohnfortzahlung an Angestellte und an Arbeiter bei Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 616 f. u. S. 623.

3) BAG in BB 1955, 573 f.; im Ergebnis ebenso Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 343 und S. 345 Anm. 96e. Der Große Senat des BAG hat diese Entscheidung des 2. Senats später wohl zu Recht auf eine Lohnfortzahlung an erkrankte Angestellte beschränkt; eine solche Auslegung ergibt sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 616 Abs. 2 BGB und aus dem Zweck des § 189 RVO; vgl. BAG (Gr. Senat) in AP Nr. 22 zu § 616.

allerdings nicht für die Lohnfortzahlung an erkrankte Arbeiter gelten, da das ArbKrG insoweit eine abschließende Regelung enthält ¹⁾.

- e) Bei der Prüfung der Höhe des im Einzelfall fortzuzahlenden Lohnes ist wegen der durch das ArbKrG geschaffenen Rechtslage zwischen der Lohnfortzahlung an Angestellte und der Zahlung an Arbeiter zu unterscheiden.

aa) Verhältnismäßig einfach ist die Berechnung des Gehalts, das an einen verletzten Angestellten fortzuzahlen ist. § 616 Abs. 1 BGB geht hier von dem sogenannten "Lohnausfallprinzip" aus; d.h. der Angestellte soll während der ersten sechs Wochen seiner Erkrankung das Gehalt weiterbeziehen, das er bekommen hätte, wenn er weitergearbeitet hätte. Er hat also einen Anspruch auf sein normales Gehalt einschließlich aller Zuschläge und abzüglich aller Abzüge, die im Zeitraum seiner Erkrankung angefallen wären ²⁾. In der Praxis läßt sich die Höhe des dem verletzten Angestellten zustehenden Gehaltsanspruchs auch nachträglich noch durch einen Vergleich mit dem Einkommen feststellen, das ein unter gleichen Bedingungen beschäftigter Kollege im fraglichen Zeitraum bezogen hat. Diese Regelung ist auch vernünftig, weil die soziale Sicherung des Arbeitnehmers klare und überschaubare Verhältnisse voraussetzt. Es ist ihm am besten damit gedient, daß ihm sein Lohn ohne Rücksicht auf seinen etwaigen Schadensersatzanspruch zur Existenzsicherung un-

1) Vgl. u. S. 25-26.

2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 336; Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 5; RGRK-Denecke, § 616 Anm. 5; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 37; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 29.

verändert weitergezahlt wird ¹⁾.

- bb) Schwierig gestaltet sich die Berechnung des an einen verletzten Arbeiter fortzuzahlenden Lohns. Das ArbKrG trifft Regelungen, die zum Teil von denen des § 616 BGB abweichen. So muß beispielsweise der Arbeitgeber seinen Zuschuß zum Krankengeld erst von dem Zeitpunkt an zahlen, in dem der Arbeiter seinem Betrieb mindestens vier Wochen angehört ²⁾. Deshalb ist zunächst das Verhältnis zwischen § 616 Abs. 1 BGB und den Vorschriften des ArbKrG zu klären.
- a1) Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, § 616 Abs. 1 BGB gelte solange subsidiär, als die Lohnfortzahlung nicht ausdrücklich durch das ArbKrG geregelt werde ³⁾. Das würde bedeuten, daß der Arbeiter auch dann einen - allerdings abdingbaren - Anspruch auf Lohnfortzahlung hätte, wenn er die Wartefrist des § 1 Abs. 2 ArbKrG noch nicht erfüllt hätte.

Diese Auffassung lehnt der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Recht ab ⁴⁾. Das Bundesarbeitsgericht steht auf dem Standpunkt, im Falle der Erkrankung eines Arbeiters werde die Entgeltfrage ausschließlich durch das ArbKrG geregelt. § 11 Abs. 2 ArbKrG setze ausdrücklich alle anders lautenden Regelungen außer Kraft. Der Arbeiter habe nach dem ArbKrG entgegen § 616 BGB keinen Anspruch auf Fortzahlung seines vollen

1) Kollhosser, AcP 166, 300-301.

2) § 1 Abs. 2 ArbKrG.

3) Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 2 e) cc).

4) BAG (Gr. Senat), NJW 1960, 738 ff.

Lohns, sondern nur auf die Zahlung seines Zuschusses zu seinem Krankengeld, der nach § 6 ArbKrG unabdingbar sei. Hinzukomme die vierwöchige Wartefrist. Das alles lasse erkennen, daß der Gesetzgeber mit dem ArbKrG eine ausschließliche Gesamtregelung habe treffen wollen ¹⁾.

Dieser Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist im Interesse einer klaren Regelung und zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten zuzustimmen. Der verletzte Arbeiter hat daher einen Anspruch auf Lohnfortzahlung nur nach dem ArbKrG, auch wenn § 616 Abs. 1 BGB im Einzelfall eine günstigere Regelung bietet.

- b1) Das ArbKrG verteilt die Pflicht zur Lohnfortzahlung zwischen dem Arbeitgeber und der Krankenkasse. Dabei hat der Arbeitgeber in der Regel den Unterschiedsbetrag zwischen dem gesetzlichen Krankengeld und dem durchschnittlichen Nettoarbeitsentgelt zu zahlen. Bei der Berechnung des durchschnittlichen Nettolohns wird der innerhalb des letzten Abrechnungszeitraums von dem verletzten Arbeiter bezogene Lohn zugrunde gelegt (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 2 ArbKrG). Der Arbeitgeber hat dadurch im Ergebnis etwa 25 bis 35 von Hundert des Nettolohns zum Krankengeld hinzuzuzahlen, welches nach § 182 RVO mindestens 65 und höchstens 75 von Hundert des Nettolohns be-

1) BAG, aaO., S. 738-739; im Ergebnis ebenso Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 346 f.; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 634 f.; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 30; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 60; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 85.

trägt ¹⁾.

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung des Zuschusses knüpft an die Eintrittspflicht der Krankenkasse nach den Vorschriften der RVO an; insoweit besteht Akzessorietät ²⁾. Das ArbKrG geht, wie aus der Berechnung des Nettolohns entsprechend dem letzten Abrechnungszeitraum hervorgeht, im Gegensatz zu § 616 Abs. 1 BGB nicht vom Lohnausfallprinzip aus, sondern will dem Arbeiter ein seinem Normaleinkommen angenähertes Einkommen garantieren ³⁾.

- f) Die Unabdingbarkeit der Pflicht zur Lohnfortzahlung ist in den §§ 616 Abs. 2 BGB, 63 Abs. 1 Satz 2 HGB, 133c Abs. 2 Satz 3 GewO und 6 ArbKrG festgelegt. Danach sind die Gehaltsfortzahlung an Handlungsgehilfen und gewerbliche Angestellte und auch die Zuschußzahlung an Arbeiter nach Grund und Dauer unabdingbar. § 616 Abs. 2 BGB sieht dagegen vor, daß bei den übrigen Angestellten die Zeit der Lohnfortzahlung durch Tarifvertrag auf weniger als sechs Wochen verkürzt werden kann, was allerdings in der Praxis kaum Bedeutung hat ⁴⁾. Eine vertragliche Abdingung der Pflicht zur Lohnfortzahlung, die an sich, wie der Umkehrschluß aus § 619 BGB ergibt, zulässig ist ⁵⁾,

1) Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 68; durch die Änderung des ArbKrG vom 12.7.1961 werden alle die Verfassser überholt, die noch von einer Zuschußpflicht bis zu 90 v.H. des Nettolohns ausgehen, wie u.a. Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 627.

2) § 1 Abs. 1 ArbKrG; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 3d; Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 2 f) bb) D III.

3) Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 68.

4) Schelp-Herbst, BABl. 1956, 71.

5) Enneccerus-Lehmann, S. 627.

kommt nur noch bei nicht versicherungspflichtigen Arbeitern in Betracht, findet ihre Grenze aber in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ¹⁾.

Die Vorschriften über die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung korrespondieren mit § 189 RVO, der das Ruhen von Leistungen der Krankenkassen für die Zeit anordnet, in der der Arbeitnehmer seinen Lohn weiterbezieht. Diese Regelung soll seit der Weltwirtschaftskrise die notleidenden Krankenkassen entlasten ²⁾.

Im Rahmen eines Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung gewinnt die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung besondere Bedeutung für den Lösungsversuch, der einen Schaden des Arbeitnehmers über eine vorschußweise Lohnfortzahlung begründen will ³⁾. Es wird bei der Behandlung dieses Lösungsversuchs zu prüfen sein, ob er gegen den Grundsatz der Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung verstößt.

- g) § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB sieht vor, daß sich der Dienstverpflichtete den Betrag auf seinen Lohnfortzahlungsanspruch anrechnen lassen muß, den er für die Zeit der Verhinderung aus einer gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung bezieht. Entsprechendes gilt nach § 133c Abs. 2 Satz 2 GewO auch für den gewerblichen Angestellten. Dagegen soll der Handlungsgehilfe nach dem Willen des Gesetzes die Leistungen der Kassen zusätzlich zu dem weitergezählten Gehalt bekommen, da § 63 Abs. 2 HGB eine

1) Denecke, BB 1951, 60.

2) Vgl. oben S. 23.

3) Vgl. oben S. 12-13.

Anrechnungspflicht ausdrücklich ausschließt und entgegenstehende Vereinbarungen sogar für nichtig erklärt.

Die Vorschriften über die Anrechnungspflicht werden jedoch durch die Regelung des § 189 RVO, der das Ruhen von Leistungen der Kassen für den Zeitraum anordnet, in welchem der Arbeitnehmer seinen Lohn weiter erhält, nahezu gegenstandslos ¹⁾. Eine Anrechnung erfolgt praktisch nur noch, wenn der Arbeitnehmer statt Krankengeld nach § 184 RVO Krankenhauspflege erhält. Da § 189 RVO nur auf Barleistungen abzielt, muß sich der Arbeitnehmer den Betrag anrechnen lassen, den er ohne § 189 Abs. 1 Satz 1 RVO als Krankengeld erhalten hätte, wenn ihm nicht an Stelle der Barleistung des Krankengeldes die Sachleistung der Krankenhauspflege gewährt worden wäre. § 616 Abs. 2 BGB wird dadurch nicht tangiert ²⁾.

Eine Anrechnung von Leistungen aus privaten Versicherungsverträgen und von Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers ist zu verneinen, weil die Aufzählung in § 616 Abs. 1 Satz 2 BGB erschöpfend ist ³⁾.

-
- 1) Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 2 f) aa); RGRK-Denecke, § 616 Anm. 7; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 338; Anm. 65; Schelp-Herbst, BABl. 1956, 72; § 189 RVO gilt trotz des entgegenstehenden Wortlauts auch gegenüber § 133c Abs. 2 Satz 2 GewO, d.h. es ist nicht nur der um die anzurechnenden Beträge verminderte Anspruch unabdingbar, Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 6 aE; Hueck-Nipperdey, aaO.
 - 2) Soergel-Siebert-Wlötzke-Volze, § 616 Anm. 43; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 43; Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 6 a) F); Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 338, Anm. 65.
 - 3) Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 6 b); Soergel-Siebert-Wlötzke-Volze, § 616 Anm. 44; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 44.

II. Der Schaden des Arbeitgebers

1. Die rechtliche Bedeutung des Arbeitgeberschadens für die Frage des Schadensausgleichs

Die Berechnung des Schadens, der dem Arbeitgeber durch die Verletzung des Arbeitnehmers entsteht, gewinnt dann rechtliche Bedeutung, wenn der Arbeitgeber aus eigenem Recht gegen den Verletzer des Arbeitnehmers vorgehen kann, da in diesem Falle die Schadensberechnung in seiner Person zu erfolgen hat und nicht - wie bei einem Vorgehen aus abgetretenem Recht - in der Person des Arbeitnehmers. Sie ist weiter bedeutsam für die Feststellung, ob eine faktische Schadensverlagerung im Sinne der Drittschadensliquidation vorliegt, ob also der Schaden, der rechtlich beim Arbeitnehmer eintreten müßte, aufgrund des § 616 BGB beim Arbeitgeber eintritt, ob sich demnach der subjektive Bezugspunkt des Schadens ändert ¹⁾.

Grundsätzlich wäre, wenn die Schadensberechnung beim Arbeitgeber erfolgen kann, der Arbeitgeber berechtigt, von dem Verletzer seines Arbeitnehmers den Ersatz aller Schäden zu verlangen, die ihm durch die Lohnfortzahlung und den Arbeitsausfall entstanden sind.

Die Verletzung des Arbeitnehmers und der Ausfall seiner Arbeitskraft im Betrieb während der Dauer seiner Erkrankung wirken sich in zwei Richtungen für den Arbeitgeber negativ aus. Erstens muß er den Lohn weiterzahlen, ohne die Gegenleistung in Gestalt des Arbeitserfolges des Arbeitnehmers zu erhalten; zweitens kann das Fehlen des Arbeitnehmers für den Betrieb zusätzliche Nachteile haben, weil Arbeit von Kollegen mit-

1) Tübert, aaO., S. 36.

erledigt werden muß oder weil eine Ersatzkraft eingestellt werden muß. Der weitergezahlte Lohn stellt demnach nur einen Teilfaktor des Arbeitgeberschadens dar.

2. Der Verlust der Gegenleistung und der Schaden des Arbeitgebers bei rechtlicher Betrachtungsweise

Die Berechnung des Schadens, den der Arbeitgeber durch die Verletzung eines Arbeitnehmers im Einzelfall erleidet, macht in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten ¹⁾. Es wäre für den Arbeitgeber schwierig, in jedem Einzelfall seinen Schaden substantiiert vorzutragen und zu beweisen, da eine genaue Berechnung - vor allem in größeren Betrieben - sehr mühselig wäre. Zudem würde eine Darlegung in vielen Fällen nicht ohne Preisgabe von internem Zahlenmaterial über das Unternehmen, das nicht für die Öffentlichkeit bestimmt ist, möglich sein.

Der Bundesgerichtshof hat - wohl nicht zuletzt auch aus diesen Erwägungen heraus - auf eine differenzierte Berechnung des Schadens des Arbeitgebers verzichtet und lediglich unterstellt, der Wert der gehinderten Arbeitsleistung werde durch den Lohn angemessen ausgedrückt ²⁾. Dadurch pauschaliert der Bundesgerichtshof den Schaden des Arbeitgebers und berücksichtigt einseitig nur die Lohnfortzahlung, ohne die weiteren Folgen des Fehlens des Arbeitnehmers für den Betrieb zu beachten. Er kann allerdings auch so vorgehen, weil er dem Arbeitgeber gegen den Verletzer des Arbeitnehmers nur einen Anspruch aus abgetretenem Recht des Ar-

1) Vgl. dazu Offerhaus, BB 1963, 772 ff.

2) BGH, NJW 1956, 1474; ebenso Reinicke, Übergang von Schadensersatzansprüchen, NJW 1956, 1464; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 641 Anm. 170; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341, Anm. 83.

beitnehmers und nicht aus eigenem Recht oder aus einer Drittschadensliquidation zuspricht. Die Richtigkeit der These, der Wert der gehinderten Arbeitsleistung werde durch den Lohn angemessen ausgedrückt, muß aber deshalb überprüft werden, weil sie für die Frage der Anwendbarkeit der Lehre über die Drittschadensliquidation und für originäre Ansprüche des Arbeitgebers bedeutsam werden könnte.

Bei dieser These geht der Bundesgerichtshof davon aus, daß auch dem Arbeitsvertrag das Gegenseitigkeitsprinzip der §§ 323 ff. BGB zugrunde liege und daß aus diesem Prinzip folge, Arbeitsleistung und Lohn seien für den Arbeitgeber wirtschaftlich gleichwertig.

In der neueren Lehre vertritt besonders Nikisch die Meinung, das Arbeitsverhältnis sei heute nicht mehr als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 323 ff. BGB anzusehen. Aufgrund der starken personenrechtlichen Struktur des Arbeitsverhältnisses, in dem der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringe, sondern sich und seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stelle, sei die Lohnfortzahlung die Verwirklichung des personalen Fürsorgegedankens. Das Arbeitsverhältnis beruhe nicht auf einem gegenseitigen Vertrage; der Satz "ohne Arbeit keinen Lohn" kennzeichne das Arbeitsverhältnis nicht ¹⁾. Dagegen wird jedoch von der überwiegenden Meinung zu Recht eingewandt, trotz der starken personenrechtlichen Bindung innerhalb des Arbeitsverhältnisses habe der Satz "ohne Arbeit keinen Lohn" auch heute noch in erster Linie Gültigkeit; der Arbeitsvertrag sei deshalb als gegenseitiger Vertrag anzusehen. Die Lohnfortzahlung ist demnach lediglich eine Ausnahme vom Gegenseitigkeitsprinzip, die auf so-

1) Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 610-611.

zialen Erwägungen und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruht. Dennoch überwiegt im Verhältnis von Lohn und Arbeitsleistung das Austauschverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ¹⁾. Daraus kann aber noch nicht gefolgert werden, Arbeitsleistung und Lohn seien objektiv gleichwertig, denn die objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ist keineswegs Voraussetzung eines gegenseitigen Vertrages; hier genügt vielmehr, daß beide Leistungen von den Vertragspartnern als gleichwertig angesehen werden ²⁾. Der Rückschluß auf die Gleichwertigkeit von Lohn und Arbeitsleistung ist daher nicht zwingend, der Fortfall der Arbeitsleistung besagt nicht, daß dem Arbeitgeber ein Schaden nur in Höhe des fortgezahlten Lohns entsteht. Auch bei der Berechnung des Arbeitgeberschadens ist vielmehr von der Differenztheorie ³⁾ auszugehen und durch Vergleich der Vermögenslagen des Arbeitgebers vor und nach dem Ausfall der Arbeitskraft des Arbeitnehmers die Vermögensminderung zu errechnen. Dann sind aber ebenfalls die weiteren Auswirkungen des Arbeitsausfalls auf den Betrieb zu berücksichtigen.

3. Der Schaden des Arbeitgebers bei rein tatsächlicher Betrachtungsweise

- a) Auf einen Betrieb kann sich der Ausfall des Arbeitnehmers bei gleichzeitiger Lohnfortzahlung auf sehr

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 133 u. S. 324, Anm. 1; BAG in AP Nr. 21 zu § 616 unter B IV; Denecke, BB 1951, 58; Lehmann, JZ 1955, 459; Müller, BB 1955, 78; Schelp-Herbst, BABl. 1956, 67; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 1; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 3; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 1; Söllner, AcP 167, 147.

2) RGZ 81, 364 (365); RGZ 107, 124 (127); Enneccerus-Lehmann, S. 138; Larenz, Schuldrecht I, S. 207; Blomeyer, S. 105.

3) Vgl. statt vieler Enneccerus-Lehmann, S. 58.

verschiedene Weise nachteilig auswirken. Die Auswirkung wird unterschiedlich sein, je nachdem, ob es sich um einen kleinen oder großen Betrieb handelt, ob die Belegschaft arbeitsmäßig ausgelastet ist oder nicht und ob der verletzte Arbeitnehmer leicht oder schwer zu ersetzen ist.

Es soll im folgenden am Modell eines kleineren Herstellungsbetriebes an einigen Beispielen aufgezeigt werden, wie sich Arbeitsausfall und Lohnfortzahlung auf das Vermögen des Arbeitgebers auswirken und ob sich im Einzelfall ein Vermögensschaden berechnen läßt. Das setzt die Kenntnis der Grundsätze voraus, nach denen der Arbeitgeber seine Selbstkosten und seinen Gewinn kalkuliert und berechnet.

- b) Bei der Vorkalkulation berechnet der Arbeitgeber im voraus, zum Teil mit Hilfe von Schätzungen anhand der Geschäftszahlen der Vorjahre, die Kosten, die ihm bei der Herstellung seiner Produkte im kommenden Geschäftsjahr entstehen dürften. Die Nachkalkulation überprüft dann bei Vorliegen des Jahresabschlusses die einzelnen Kostenarten - wie z.B. auch die Lohnkosten des Betriebes - daraufhin, inwieweit die Istkosten von den vorausgeplanten Sollkosten abweichen, ob sie also die Selbstkosten des Arbeitgebers erhöhen oder mindern und worauf gegebenenfalls Kostensteigerungen zurückzuführen sind ¹⁾.

Bei der Kalkulation erscheinen die Lohnkosten insbesondere bei den Fertigungslöhnen als einer Kostenart der Herstellkosten. Die Fertigungslöhne erfassen diejenigen Lohnkosten, die bei der Fertigung jedes einzelnen Produkts entstehen. Sie können zum

1) Wöhe, aaO., S. 465; Kloidt, aaO., S. 44 ff.; Bossard, aaO., S. 179 ff.

Teil errechnet werden aus der Anzahl von Stücken, die ein Arbeitnehmer innerhalb einer bestimmten Arbeitszeit bei einem bestimmten Lohn gefertigt hat ¹⁾.

Zu den Herstellkosten treten alle diejenigen Kosten, die aus der Verwaltung des Betriebes (Verwaltungsgemeinkosten) und aus dem Vertrieb der Waren (Vertriebsgemeinkosten und Sonderkosten des Vertriebes) entstehen. Unter die Verwaltungsgemeinkosten fallen insbesondere die Kosten für die Geschäftsleitung und das Rechnungswesen, unter die Sonderkosten des Vertriebes die Kosten des Versands, die Vertreterprovisionen und die Umsatzsteuer. Unter die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten fallen auch die Löhne der in der Verwaltung und beim Vertrieb beschäftigten Arbeitnehmer ²⁾.

Aus Herstellkosten, Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten sowie den Sonderkosten des Vertriebes

1) Mellerowicz II, Teil 1, S. 283 ff.; Wöhe, aaO., S. 504; zu den Herstellkosten gehören weiter die Materialkosten, die sich aus den Kosten des Fertigungsmaterials und den Materialgemeinkosten zusammensetzen, die Fertigungsgemeinkosten, die zusammen mit dem Fertigungslohn die Fertigungskosten ausmachen, sowie die Sonderkosten der Fertigung; dabei umfassen die Materialgemeinkosten die durch die Bereitstellung des Materials entstehenden Kosten, wie z.B. die Einkaufs- und Lagerkosten; die Fertigungsgemeinkosten umfassen andere Ausgaben, die der Produktion gedient haben, wie Abschreibungen an Maschinen und Gebäuden, Reparaturkosten, Energiekosten und Zinsen; vgl. zu diesem Kalkulationsschema für eine Zuschlagsrechnung Wöhe, aaO., S. 504; ähnlich Bossard, aaO., S. 116 ff.; die Sonderkosten der Fertigung umfassen hauptsächlich die Kosten für Lizenzen und Patente, für auswärtige Bearbeitung, für Bauartenänderungen und für Sonderabschreibungen, Kloidt, aaO., S. 41.

2) Die Sonderkosten des Vertriebes umfassen außerdem die Verbrauchssteuern, Kloidt, aaO., S. 42.

resultieren die Selbstkosten, die dem Unternehmer bei der Produktion seiner Einheiten entstehen. Auf diese schlägt er entsprechend der Marktlage und den Absatzchancen seinen Gewinn auf ¹⁾. Bei der Nachkalkulation kann er dann während der Überprüfung der einzelnen Kostenarten feststellen, inwieweit sie seine Selbstkosten erhöht und damit seinen Gewinn geschmälert haben.

- c) Der Ausfall eines verletzten Arbeitnehmers kann zu einem Rückgang der Produktion führen, wenn trotz des in gleicher Höhe fortgezahlten Lohns weniger Artikel produziert werden. Wenn der Ausfall des Arbeitnehmers durch Überstunden seiner Kollegen oder durch die Einstellung einer Ersatzkraft ausgeglichen wird, entstehen notwendig höhere Lohnkosten. Diese Mehrkosten machen sich dann, wenn der verletzte Arbeitnehmer in der Fertigung beschäftigt war, in einer Kostensteigerung bei den Fertigungslöhnen bemerkbar, wenn der Arbeitnehmer mit der Wartung des Maschinenparks betraut war, in einer Steigerung der Fertigungsgemeinkosten.

Die Lohnkosten für die im Krankheitsfalle fortzuzahlenden Löhne erscheinen entsprechend auch bei den Fertigungslöhnen oder Fertigungsgemeinkosten. Für die Zuschußzahlungen nach dem ArbKrG richtet der Arbeitgeber ein Sonderkonto für sozialen Aufwand ein, das ebenfalls bei den Fertigungslöhnen abgerechnet wird ²⁾. In der Tat hat es hier auch seine besondere Bedeutung, da in der Fertigung überwiegend Arbeiter beschäftigt sind.

1) Kloidt, aaO., S. 42; vgl. an Betriebsabrechnungsbögen Mellerowicz II, Teil 1, S. 462 ff.; Wöhe, aaO., S. 487 (Beisp. 41); Kosiol, aaO., Abbildung 22-24.

2) Kosiol, aaO., S. 69; Mellerowicz II, Teil 1, S. 237; Ziegler, aaO., S. 28.

Entsprechend wirken sich der Ausfall eines bei dem Vertrieb oder bei der Verwaltung beschäftigten Arbeitnehmers und die Lohnfortzahlung an verletzte Arbeitnehmer dieser Betriebszweige bei den Verwaltungs- bzw. Vertriebsgemeinkosten und den Sonderkosten des Vertriebes aus.

Der Arbeitgeber kann also auch hier bei der Nachkalkulation allgemein feststellen, inwieweit Arbeitsausfall und Lohnfortzahlung bei den betreffenden Kostenarten kostensteigernd gewirkt haben. Die Nachkalkulation wird allerdings dadurch schwierig, daß der Arbeitgeber alle Kosten, die ihm durch die Arbeitnehmer gewöhnlich erwachsen, auch durch Urlaubsgeld, Sozialbeiträge, Arbeitsausfall und Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle entstehende Kosten, nach den Erfahrungssätzen der vergangenen Jahre bei den Fertigungslöhnen oder den entsprechenden Kostenarten von vornherein einkalkuliert hat, also von vornherein von höheren Selbstkosten ausgeht. Da die Arbeitskraft somit von vornherein teurer einkalkuliert worden ist, wirken sich gegenüber der Vorkalkulation der Arbeitsausfall und die Lohnfortzahlung nur dann auf die Selbstkosten aus, wenn sie den vorkalkulierten Kostensatz über- oder unterschreiten. Eine Berechnung muß daher zusätzlich noch die bereits bei der Vorkalkulation vorgenommene Einplanung dieser Kosten berücksichtigen.

Die Kosten von Arbeitsausfall und Lohnfortzahlung wirken sich demnach in höheren Selbstkosten aus und vermindern die Spanne zwischen Selbstkosten und Erlösen ¹⁾.

1) Ähnlich auch Taube, VersR 1953, 94; ders., VersR 1954, 108; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 690.

In den vorstehenden Ausführungen ist nur dargelegt worden, wie der Arbeitgeber Arbeitsausfall und Lohnfortzahlung bei der Berechnung seiner Selbstkosten vor- und nachkalkuliert. Damit ist noch nicht geklärt, ob und wann der Arbeitgeber im Einzelfall den ihm durch die Verletzung eines Arbeitnehmers entstehenden Schaden so berechnen kann, daß er ihn in einem etwaigen Schadensersatzprozeß gegen den Verletzer des Arbeitnehmers auch genau darlegen und nachweisen kann. Nachfolgend soll deshalb anhand einiger beispielhafter Fallkonstellationen nachgeprüft werden, wann der Arbeitgebergewinn durch die Entstehung höherer Selbstkosten gemindert wird und wann diese Minderung auch berechnet werden kann.

- d) Am einfachsten läßt sich der Schaden des Arbeitgebers in den Fällen nachweisen und berechnen, in denen der Ausfall eines Arbeitnehmers durch Überstunden seiner Kollegen oder durch die Einstellung einer Ersatzkraft kompensiert werden muß.

In Höhe des fortgezahlten Lohns entsteht zwar kein Schaden, da dieser auch ohne den Ausfall hätte gezahlt werden müssen. Ebenso kommt es auch nicht zu einem Rückgang der Produktion, da diese ja gerade durch die Überstunden aufrecht erhalten wird. Die durch die Überstundenlöhne einschließlich der Überstundenzuschläge und der Sozialabgaben entstehenden Mehrkosten reduzieren jedoch in voller Höhe den Arbeitgebergewinn ¹⁾. Die Lohnfortzahlungspflicht macht dem Arbeitgeber insoweit eine Einsparung von Kosten unmöglich. Das gilt allerdings nicht, soweit nach dem ArbKrG lediglich Zuschüsse zum Krankengeld gezahlt werden; der Arbeitgeber spart hier den Un-

¹⁾ Taube, VersR 1953, 94; ders., VersR 1954, 108; Reinicke, Übergang von Schadensersatzansprüchen, NJW 1956, 1464.

terschiedsbetrag zwischen dem Normallohn und dem Zuschuß ein, was seinen Schaden insoweit mindert. In Höhe der Krankengeldzahlung geht die Schadensersatzforderung hingegen nach § 1542 RVO auf den Versicherungsträger über. Die Ausgleichung des Arbeitsausfalls bei der Verletzung eines Arbeitnehmers mit Hilfe von Überstunden wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn dem Arbeitgeber nur wenige Arbeitskräfte zur Verfügung stehen, die zudem noch voll ausgelastet sind; das dürfte besonders bei Kleinbetrieben der Fall sein. Die Einstellung einer Ersatzkraft wird außerdem meist dann nötig sein, wenn der verletzte Arbeitnehmer ein Spezialist ist, dessen Arbeit von Arbeitskollegen nicht miterledigt werden kann.

Der Schaden des Arbeitgebers läßt sich auch in den Fällen noch berechnen, in denen aufgrund der Erkrankung des Arbeitnehmers eine Maschine ausfällt, die nur von diesem bedient werden kann, wenn der Ausfall dieser Maschine zu einer Stockung der Fabrikation führt. Der so entstandene Produktionsrückgang wird sich gewöhnlich berechnen lassen. Das gleiche gilt für den Fall, in dem der Arbeitgeber die dem verletzten Arbeitnehmer obliegende Arbeit selbst übernimmt und dafür eine andere Tätigkeit, die ihm einen bestimmten Gewinn eingebracht hätte, liegen läßt ¹⁾.

Dagegen wird der Arbeitgeber dann keinen nachweisbaren Schaden erleiden, wenn z.B. ein Angestellter aus der Verwaltung erkrankt und dessen Tätigkeit innerhalb der normalen Arbeitszeit von seinen Kollegen mit erledigt wird. Das wird häufig auch in

1) Offerhaus, BB 1963, 773.

solchen Betrieben der Fall sein, die auftragsmäßig nicht voll ausgelastet sind, also zuviel Personal beschäftigen, da hier die Arbeitskollegen für den verletzten Arbeitnehmer mitarbeiten können. Auch wenn mehrere Arbeitnehmer an ein und demselben Objekt beschäftigt sind, wird der Schaden, der entsteht, weil einer von ihnen erkrankt ist, nur schwer nachzuweisen sein, da beispielsweise das Fehlen eines faulen Arbeitnehmers, für den seine Kollegen schon immer mitgearbeitet haben, den Fortgang der Arbeit kaum beeinträchtigen wird ¹⁾.

Ebenso wird der bei der Erkrankung eines Vertreters entstehende Arbeitgeberschaden nicht zu berechnen sein. Während der Zeit seiner Erkrankung kann der Vertreter zwar keine Abschlüsse tätigen, was allein schon zu einem Umsatzrückgang führen muß. Welche anderen Faktoren aber sonst noch zu einem Umsatzrückgang hätten führen können, läßt sich normalerweise nicht übersehen, da die Zahl der von jedem Vertreter getätigten Abschlüsse ohnehin schwankend sein wird. Andererseits kann man nicht von einem durchschnittlichen Umsatz des Vertreters ausgehen, weil der Arbeitgeber in dem Prozeß gegen den Verletzer des Arbeitnehmers ja gerade den durch die gegenwärtige Verletzung hervorgerufenen Schaden darlegen und beweisen muß.

Auch der durch die Verletzung eines Werbeleiters als eines leitenden Angestellten verursachte Schaden wird nicht zu fixieren sein, da der Werbeleiter in erster Linie die für die Werbung zu verwendenden Ideen entwickeln soll. Ob er damit während seiner Erkrankung Erfolge, insbesondere also eine

1) Offerhaus, aaO.

Umsatzsteigerung erzielt hätte, ist nicht nachzuweisen.

4. Die Höhe des Arbeitgeberschadens als Ergebnis des Einzelfalls

Aus den vorstehenden Ausführungen wird ersichtlich, daß es ganz von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob dem Arbeitgeber überhaupt ein Schaden entsteht und ob dieser Schaden dann auch wirtschaftlich meßbar ist. Man kann jedenfalls nicht generell Lohn und Arbeitsleistung gleichsetzen und einen Arbeitgeberschaden in Höhe des fortgezahlten Lohns annehmen. Der Arbeitgeberschaden wird meist schon deshalb höher als der fortgezahlte Lohn sein, weil der Arbeitgeber an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verdienen will ¹⁾.

Es trifft zwar zu, daß der Arbeitgeber die Kosten der Lohnfortzahlung bei der Preiskalkulation berücksichtigt und sie wenigstens teilweise durch höhere Preise auf die Allgemeinheit abwälzt und daß er diese Kosten vielfach bei der Lohnvereinbarung einkalkuliert und deshalb von vornherein einen höheren Lohn zugrundelegt; der Arbeitnehmer wird demnach in diesem Falle selbst mit den Kosten der Lohnfortzahlung belastet, weil er einen niedrigeren Lohn erhält ²⁾. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, der Arbeitgebergewinn werde in diesem Falle nicht geschmälert ³⁾. Denn der Arbeitsausfall führt ja zusammen mit der Lohnfortzahlung an den erkrankten Arbeitnehmer in den meisten Fällen zu einer Steigerung der Selbstkosten und damit zugleich zu einer Verringerung der Gewinnspanne, selbst

1) Offerhaus, aaO.

2) Selb, Schadensbegriff, S. 66-67.

3) Selb, aaO.

wenn der Arbeitgeber derartige Kosten von vornherein eingeplant hat.

Es wird so jedenfalls ersichtlich, daß die Verletzung des Arbeitnehmers durch einen Dritten, sein Fehlen im Betrieb und die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber wirtschaftlich einen erheblich größeren Personenkreis berührt, indem über die Preise die Allgemeinheit, über den Betrieb die Arbeitskollegen betroffen werden. Weiter unten ¹⁾ wird zu prüfen sein, inwieweit diese wirtschaftlichen Zusammenhänge für die Beurteilung der Rechtsfragen dieser Arbeit von Bedeutung sind.

1) Vgl. unten, S. 157 u. 163 ff.

3. A b s c h n i t t

Die unmittelbaren Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Ver- letzer des Arbeitnehmers

Die Frage ist, aufgrund welcher Rechte der Arbeitgeber seinen Schaden gegenüber dem Schädiger geltend machen kann. Zu prüfen ist zunächst, inwieweit der Arbeitgeber aus eigenem Recht gegen den Verletzer des Arbeitnehmers vorgehen kann, sodann, ob ihm gesetzliche oder vertragliche sekundäre Ansprüche zustehen. Bei den originären Ansprüchen wäre zuerst zu untersuchen, ob ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers vorliegt.

I. Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

1. Der Begriff des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs

Der Gewerbebetrieb wird im allgemeinen definiert als "Zusammenfassung von sachlichen und persönlichen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines bestimmten technischen Zwecks in der Hand einer physischen oder juristischen Person" ¹⁾. Gleichbedeutend ist der Begriff des Unternehmens, wenn darin auch die Persönlichkeit des Unternehmers mit angesprochen wird ²⁾. Zum Gewerbebetrieb gehört demnach alles, was ihn zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt, wie z.B. Grundstücke, Betriebsräume, Maschinenpark, Warenbestände, "good-will", Kundenstamm und Außenstän-

1) Voss, VersR 1957, 765.

2) Hubmann, ZHR 117, 44; Voss, aaO.; RGRK-Würdinger, § 2 Anm. 2.

de ¹⁾. Darüber hinaus umfaßt der Begriff des Gewerbebetriebs auch die Organisationsform der wirtschaftlichen Tätigkeit, versteht also den Betrieb auch als Niederschlag der organisatorischen und geistigen Leistung der Unternehmerpersönlichkeit ²⁾. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb soll entsprechend dem Eigentum behandelt und deshalb in allen seinen Ausstrahlungen geschützt werden ³⁾. Dabei ist es umstritten, ob es sich bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb um ein Persönlichkeitsrecht, ein eigentumsähnliches Recht oder ein Immaterialgüterrecht handelt ⁴⁾.

2. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs

Das Reichsgericht gewährte anfänglich den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB nur, wenn sich die Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb unmittelbar gegen den Bestand des Betriebes richtete; der Betrieb mußte also tatsächlich gehindert, seine rechtliche Zulässigkeit verneint oder seine Schließung verursacht worden sein. Die bloße Beeinträchtigung von Erwerbsaussichten oder die Entziehung von Gewinn stellten als mittelbare Beeinträchtigungen keinen Eingriff dar ⁵⁾.

Da sich der Ausfall des verletzten Arbeitnehmers nahezu immer nur in einer Minderung des Arbeitgebergewinns

1) BGHZ 23, 157 (162-163); Soergel-Siebert-Schräder, § 823 Anm. 52; RGRK-Haager, § 823 Anm. 27.

2) Hubmann, ZHR 117, 44; Voss, aaO.; RGRK-HGB Würdinger, § 2 Anm. 2.

3) BGHZ 3, 270 (279-280); BGHZ 23, 157 (162-163).

4) Vgl. hierzu die Angaben bei Fabricius, JuS 1961, 151.

5) RGZ 51, 369 (374); RGZ 56, 271 (275-276); RGZ 73, 107 (112); RGZ 102, 223 (225).

auswirkt, liegt nach dieser Ansicht in der Verletzung des Arbeitnehmers durch einen Dritten kein Eingriff in den Gewerbebetrieb ¹⁾.

Nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts mußte sich der Eingriff nicht mehr unmittelbar gegen den Bestand des Betriebes richten. Es genügte - zumindest bei Wettbewerbshandlungen - jede Beeinträchtigung, die einen Eingriff in den Bereich des Betriebes mit sich brachte ²⁾. Der Bundesgerichtshof hat diese Erweiterung über die Fälle rechtswidriger Wettbewerbshandlungen hinaus auf den gesamten gewerblichen Tätigkeitsbereich ausgedehnt, da der Gewerbebetrieb genau wie das Eigentum in allen Ausstrahlungen geschützt werden müsse ³⁾.

Das Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit wird vom Bundesgerichtshof und der herrschenden Lehre so interpretiert, daß der Eingriff zielbezogen gegen den Betrieb an sich gerichtet sein müsse und keine Rechtsgüter betreffen dürfe, die ohne weiteres von ihm abgelöst werden könnten ⁴⁾. Zusätzlich fordert der Bundesgerichtshof, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs müsse in jedem Einzelfall unter Abwägung aller Umstände nach den Grundsätzen des übergesetzlichen Notstands geprüft werden ⁵⁾.

1) Etwas anderes würde auch dann nicht gelten, wenn die Verletzung erfolgte, um den Betrieb zu treffen; in diesem Falle könnten jedoch u.U. die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt sein, vgl. RGZ 79, 55 (59-60).

2) RGZ 163, 21 (32).

3) BGHZ 3, 270 (279); BGHZ 23, 157 (163); BGHZ 29, 65 ff.

4) BGH, NJW 1959, 479 ff.; Larenz, NJW 1956, 1719 f.; Lehmann, NJW 1959, 670; RGRK-Haager, § 823 Anm. 27; Soergel-Siebert-Schräder, § 823 Anm. 54; Erman-Drees, § 823 Anm. 7 i) bb).

5) BGHZ 3, 270 (279 ff.) m. weiteren Nachw.

Legt man diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde, so erscheint es zumindest zweifelhaft, ob durch die Verletzung eines Arbeitnehmers in jedem Falle nur ein ohne weiteres vom Betrieb ablösbares Recht betroffen wird, da die Funktionsfähigkeit eines kleineren Betriebes durchaus von der Mitarbeit eines einzelnen Arbeitnehmers abhängen kann. Die Verletzung könnte dann in einem Einzelfall zumindest in den Bereich des Gewerbebetriebes eingreifen. Die These des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Lehre, bei der Verletzung eines Angestellten liege kein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor, weil bei der Anerkennung eines Eingriffs das System spezialisierter Haftungstatbestände des Deliktsrechts verlassen werde ¹⁾, weil der Betrieb nur indirekt durch die Verletzung eines seiner Glieder getroffen werde ²⁾, weil die Integrität des Unternehmens in seiner organischen und wirtschaftlichen Struktur nicht berührt und nur der betriebliche Ablauf gestört werde ³⁾, trifft deshalb nicht bei jeder Fallgestaltung zu ⁴⁾. Es zeigt sich vielmehr, daß das absolute Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in manchen Einzelfällen nur sehr schwer abzugrenzen ist.

Im Normalfall fehlt aber einer Handlung, die zu einer Verletzung eines Arbeitnehmers führt, die Zielrichtung auf den Betrieb, weil der Verletzer nur in seltenen Ausnahmefällen mit der Verletzung des Arbeitnehmers

1) BGHZ 7, 30 (36).

2) Sieg, JZ 1954, 339; ähnl. Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 672-673; Spoth, Sozialversicherung 1951, 212; Harms, JZ 1958, 157; Offerhaus, BB 1963, 773; Erman-Drees, Anm. 6 zu § 823.

3) Voss, VersR 1957, 766.

4) Fabricius, JuS 1961, 153.

zugleich den Betrieb treffen will. Aber auch in diesen Ausnahmefällen kann man dem Arbeitgeber nicht immer einen Anspruch aus § 826 BGB einräumen, weil das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit nicht bei jeder Fallgestaltung erfüllt sein dürfte ¹⁾. Man muß deshalb genauer untersuchen, ob man dem Arbeitgeber nicht wenigstens in diesen Fällen wegen eines Eingriffs in den Bereich des Gewerbebetriebes einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zusprechen kann:

Wie bereits festgestellt wurde, ist die Festlegung der Tatbestände, die als Eingriffshandlungen in den Bereich des Gewerbebetriebs anerkannt werden können, im Einzelfall problematisch. Die Gleichstellung eines Rechts, das sich aus so unterschiedlichen Faktoren, wie beispielsweise Grundstücken, Maschinen, Waren und Kundentamm, zusammensetzt, mit den absoluten Rechten des § 823 Abs. 1 BGB ist bedenklich, solange es nicht klar genug eingegrenzt ist. Die Abgrenzungsschwierigkeiten rühren in erster Linie daher, daß das Recht am Gewerbebetrieb eine Zusammenfassung von sachlichen und persönlichen Mitteln enthält, die zu dem durch § 823 Abs. 1 BGB als relatives Recht nicht geschützten Vermögen nur eine fließende Grenze hat ²⁾.

In der Literatur wird in neuerer Zeit gegen die Anerkennung eines absoluten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingewandt, dieses erfülle nicht die Funktion eines absoluten Rechts und sei wegen seiner unklaren Eingrenzung systemwidrig ³⁾.

Der Haupteinwand ist der, daß das Recht am Gewerbebe-

1) Wie etwa im Fall RGZ 79, 55 (59).

2) Soergel-Siebert-Schräder, § 823 Anm. 36; Erman-Drees, § 823 Anm. 7 e; Enneccerus-Lehmann, S. 944 mit weiteren Nachw.

3) Esser, Schuldrecht, S. 848 f.; Larenz, Schuldrecht II, S. 421 ff.; Raiser, JZ 1961, 465 ff. (S. 469); Fabricius, JuS 1961, 151 ff.; Deutsch, JZ 1963, 385 ff.; Wolf, aaO. S. 682.

trieb im Gegensatz zu den anderen absoluten Rechten des § 823 Abs. 1 BGB, die fest umrissen sind, den Charakter einer Generalklausel hat ¹⁾. Eine weitere Abweichung liegt darin, daß bei Prüfung der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs zunächst eine Güterabwägung nach den Regeln des übergesetzlichen Notstands stattfinden soll ²⁾. Dadurch wird die Unrechtsindikation der Tatbestandserfüllung aufgegeben; § 823 Abs. 1 BGB wird zum offenen Tatbestand ³⁾.

Auch das von der Rechtsprechung eingeführte Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffsakts ist nicht geeignet, für eine klare Eingrenzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu sorgen. Denn sprachlich kann sich die Unmittelbarkeit des Eingriffsakts nur auf die Art und Weise der Eingriffshandlung beziehen, beispielsweise also das Fehlen von Zwischenursachen zwischen Eingriffshandlung und Verletzungserfolg sicherstellen wollen. Gewollt ist aber eine Eingrenzung des geschützten Rechtsguts, nicht der Ursächlichkeit ⁴⁾. Eine solche Begrenzung des geschützten Rechtsguts vom Eingriffsakt her ist methodisch verfehlt. Hinzu kommt, daß - entgegen der Meinung des Bundesgerichtshofs - das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffsakts jedenfalls dann aufgegeben wird, wenn der Gewerbebetrieb in allen seinen Ausstrahlungen geschützt wird ⁵⁾, eine Unmittelbarkeit des Eingriffsakts also nicht einmal mehr dahin gefordert wird, daß der Eingriff sich gegen die gegenständliche Verkörperung des Betriebes richten muß ⁶⁾.

Das Recht am Gewerbebetrieb soll heute in erster Linie

1) Esser, Larenz und Raiser, aaO.

2) Vgl. o., S. 45.

3) Esser und Deutsch, aaO.

4) Fabricius, JuS 1961, 151-152.

5) Vgl. BGHZ 3, 270 (279); BGHZ 23, 157 (163); BGHZ 29, 65 ff.

6) Fabricius, JuS 1961, 152.

einen Schutz gegen Wettbewerbsbeeinträchtigungen bieten, da die Vorschriften des Wettbewerbsrechts lückenhaft sind und § 826 BGB einen sittenwidrigen Verstoß fordert ¹⁾. Die Marktposition ist aber kein wohlverworfenes und absolut gesichertes Recht; sie muß vielmehr ständig neu erkämpft werden. Die Anerkennung eines absoluten Rechtes beinhaltet hier also einen Verstoß gegen den Grundsatz der Freiheit des Wettbewerbs ²⁾. Das absolute Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist demnach auch in seiner Funktion als Schutz gegen unlauteren Wettbewerb nicht zu halten.

Ein umfassendes, absolutes Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, wie es von der Rechtsprechung entwickelt worden ist, kann daher aus dogmatischen Gründen nicht anerkannt werden. Es kann also auch nicht zur Grundlage eines Schadensersatzanspruchs des Arbeitgebers gegen den Verletzer des Arbeitnehmers dienen.

Die einzelnen von der herrschenden Lehre dem Recht am Gewerbebetrieb zugeordneten Rechtspositionen werden jedoch durch die Ablehnung eines allgemeinen absoluten Rechts am Gewerbebetrieb nicht schutzlos dem Zugriff Dritter ausgesetzt, da viele dieser Rechtsgüter bereits von sich aus den Schutz gegen Eigentumsverletzungen und unlauteren Wettbewerb genießen ³⁾.

Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, einzelne Ausprägungen des Unternehmensschutzes, wie zum Beispiel den Tatbestand der Schutzrechtsanmaßung, als Gewohnheitsrecht anzuerkennen und diese Normen des Gewohn-

1) Larenz und Deutsch, aaO.

2) Deutsch und Raiser, aaO.

3) Vgl. das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, RGBL., S. 499.

heitsrechts als Schutzgesetze dem § 823 Abs. 2 BGB zuzuordnen ¹⁾. Zu überlegen bliebe weiter, ob man nicht einzelne der jetzt dem Recht am Gewerbebetrieb zugezählten Rechtspositionen, die durch gewohnheitsrechtliche Anerkennung bereits den fest umrissenen Charakter eines absoluten Rechts gewonnen haben, unter die Rechte des § 823 Abs. 1 BGB einordnen kann. Das könnte insbesondere für die Fälle gelten, in denen bei der Verletzung eines Betriebsbestandteils sozialtypischerweise auf eine Verletzung der organisatorischen Einheit des Gewerbebetriebs geschlossen werden kann ²⁾.

Jedoch wird gewohnheitsrechtlich keine Rechtsposition des Arbeitgebers anerkannt, wonach Verletzungen eines Arbeitnehmers ihm einen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer des Arbeitnehmers geben können. Rechtsprechung und Lehre lehnen nahezu einhellig ab, ihm hier einen eigenen Anspruch zu gewähren ³⁾.

2. Die Ablehnung eines eigenen Anspruchs des Arbeitgebers aus § 823 BGB

Man kann daher feststellen, daß ein umfassendes absolutes Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus dogmatischen Erwägungen nicht akzeptiert werden kann, weil diese Anerkennung zu einer systemwidrigen Sprengung des Numerus clausus der absoluten Rechte des § 823 Abs. 1 BGB führen würde ⁴⁾. Es ist zwar möglich, einzelne Ausprägungen des Rechts am Gewerbebetrieb als Gewohnheitsrecht anzuerkennen und sie dem

1) Deutsch, JZ 1963, 391, insbes. Anm. 10; vgl. zum Tatbestand der Schutzrechtsanmaßung RGZ 58, 24 (30); BGH, NJW 1963, 531 (532); BGHZ 29, 65 (67) m. weiteren Nachw.

2) Fabricius, JuS 1961, 153-154.

3) Vgl. o., S. 46-47; a.A. nur Dersch, BB 1952, 891.

4) Esser, Schuldrecht, S. 848 f.

§ 823 Abs. 2 BGB zuzuordnen. Die Verletzung eines dem Betrieb angehörenden Arbeitnehmers durch einen Dritten wird jedoch nicht als Verletzung einer Norm des Gewohnheitsrechts, die dem Schutz des Arbeitgebers dienen soll, angesehen.

II. Der Anspruch des Arbeitgebers in Analogie zu § 845 BGB

In § 845 BGB wird dem Dritten, welchem der Verletzte kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet ist, für die entgangenen Dienste ein Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer des Dienstleistungspflichtigen zugebilligt. Es scheint auf den ersten Blick denkbar zu sein, auch dem Arbeitgeber in Analogie zu dieser Vorschrift gegen den Verletzer des Arbeitnehmers einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Arbeitsausfall entstandenen Schadens zu geben, auch wenn der Arbeitnehmer nur vertraglich zur Dienstleistung verpflichtet ist. Denn auch der Arbeitgeber ist in typischer Weise mittelbar geschädigt worden. Unmittelbar verletzt worden ist der Arbeitnehmer, während die Gewinnbeeinträchtigung durch den Arbeitsausfall die Interessen des Arbeitnehmers gar nicht berührt, sondern nur die Unternehmerinteressen des Arbeitgebers ¹⁾.

Der § 845 BGB enthält jedoch eine Ausnahmeregelung, die auf den vorliegenden Fall nicht entsprechend angewandt werden kann. Der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift ergibt sich daraus, daß sie auch solchen Personen einen Schadensersatzanspruch zubilligt, die durch die Verletzungshandlung nicht unmittelbar in einem ihrer durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte betroffen worden sind, sondern die durch das Ausbleiben der Dienstleistung

1) Kollhosser, AcP 166, 299-300.

des Verletzten nur mittelbar an ihrem Vermögen geschädigt worden sind. § 823 BGB gesteht aber grundsätzlich lediglich demjenigen einen Ersatzanspruch zu, der unmittelbar in einem seiner durch Abs. 1 der Vorschrift geschützten absoluten Rechte verletzt worden ist.

Diese Ausnahmeregelung des § 845 BGB ist auf Fälle gesetzlicher Dienstleistungspflichten beschränkt und kann nicht auf die Fälle analog angewandt werden, in denen vertraglich zur Dienstleistung verpflichtete Personen zu Schaden gekommen sind ¹⁾. Es ist zwar nicht richtig, daß - wie vielfach gesagt wird ²⁾ - Ausnahmerechtssätze grundsätzlich nicht analog angewandt werden können; denn das setzte voraus, daß aus jedem Ausnahmerechtssatz zu entnehmen wäre, er solle auf einen bestimmten Tatbestand beschränkt sein und gleichzeitig alle anderen Tatbestände einer entgegengesetzten Regelung unterwerfen, mögen sie auch noch so rechtsähnlich sein. Eine solche Ausschließlichkeit müßte dann aber aus dem Wortlaut oder dem Sinn der betreffenden Vorschrift eindeutig hervorgehen; es genügt nicht, daß die Vorschrift ein in sich geschlossenes logisches Gebäude ist. Denn auch einer Sonderregelung kann ein besonderer Grundgedanke innewohnen, der gegenüber dem Regelprinzip durchaus noch für vom Gesetz nicht vorgesehene Tatbestände gelten kann. Entscheidend sind insoweit der Zweck und der Wortlaut der Ausnahmenvorschrift ³⁾. Die Rechtsprechung hat aus diesem Grunde auch wiederholt Ausnahmeregeln analog oder ausdehnend angewandt ⁴⁾. Für

-
- 1) Palandt-Gramm, § 844 Anm. 1; RGRK-Kreft, § 844 Anm. 2; Erman-Drees, § 844 Anm. 1c; Enneccerus-Lehmann, S. 1000 ff.
 - 2) RGZ 65, 361 (362); RGZ 137, 44 (47-48); RGZ 140, 231 (239 ff.); RGZ 153, 1 (23); BGHZ 2, 244; BGHZ 11, 135 (143); BGH NJW 1951, 762; BGH NJW 1952, 223.
 - 3) Gaul, Grundlagen, S. 29-33; Larenz, Methodenlehre, S. 260-261; so auch BGHZ 2, 300 (306); BAGE 1, 328 (329).
 - 4) RGZ 87, 284 (287); RGZ 160, 166 (178 ff.); RGZ 162, 244 (246 ff.); BGH NJW 1951, 599 (600); BGH NJW 1952, 458 f.

§ 845 BGB ist aber aus der Stellung der Vorschrift im Gesetz zu entnehmen, daß nur die mittelbar geschädigten Personen einen Ersatzanspruch haben sollen, denen der Verletzte gesetzlich zur Dienstleistung verpflichtet ist, in der Regel also der Ehegatte (§ 1356 Abs. 2 BGB) und die Eltern (§ 1617 Satz 1 BGB) des Verletzten. Denn die Beschränkung des Ersatzanspruchs in § 823 BGB auf den unmittelbar Verletzten und die enge Fassung der §§ 844, 845 BGB - es sollen nur die nächsten Angehörigen ihren mittelbaren Schaden ersetzt bekommen - zwingen zu dem Rückschluß, daß eine entsprechende Anwendung auf alle anderen Tatbestände gerade ausgeschlossen sein soll.

Es wäre auch unverständlich, wenn die Beschränkung der Haftung aus § 823 BGB dadurch umgangen werden könnte, daß der Kreis der anspruchsberechtigten Personen auf dem Umwege über eine Analogie zu § 845 BGB erweitert werden könnte. Denn die Einräumung eines Anspruchs für den Arbeitgeber in Analogie zu § 845 BGB würde ebenso zu einer Sprengung der spezialisierten Haftungstatbestände des Deliktsrechts führen wie die Anerkennung eines absoluten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ¹⁾.

1) RGRK-Haager, § 823 Anm. 81; Soergel-Siebert-Schräder, § 844 Anm. 1 und § 845 Anm. 2; Bach, Sozialversicherung 1950, 225; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 673; Esser, Schuldrecht, S. 906; Larenz, Schuldrecht II, S. 466 f.

4. A b s c h n i t t

Der Erwerbsschaden des Arbeitnehmers

I. Der Arbeitnehmerschaden als Voraussetzung gesetzlich und vertraglich sekundärer Ansprüche des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber stehen nach den eben getroffenen Feststellungen unmittelbare Ansprüche gegen den Verletzer seines Arbeitnehmers nicht zu. Er ist also, wenn er gegen ihn vorgehen will, auf gesetzliche und vertragliche sekundäre Ansprüche angewiesen, also auf Ansprüche aus Gesamtschuld, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung, Drittschadensliquidation und vom Arbeitnehmer abgetretenem Recht. Alle diese Ansprüche fußen aber darauf, daß dem Arbeitnehmer selbst ein Anspruch gegen den Schädiger aus den §§ 823 Abs. 1 bzw. Abs. 2 in Verbindung mit 842 BGB zusteht. Dieser Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers setzt indes voraus, daß er einen Erwerbsschaden erlitten hat, obwohl ihm der Arbeitgeber während seiner Erkrankung den Lohn weiter gezahlt hat. Es ist also vorrangig zu klären, ob der Arbeitnehmer trotz der Lohnfortzahlung durch die Verletzung an seinem Einkommen geschädigt worden ist. Erst dann kann weiter geprüft werden, inwieweit dieser Schadensersatzanspruch auf den Arbeitgeber übergegangen ist bzw. auf ihn übergeleitet werden kann.

II. Die Ablehnung eines Eigenschadens des Arbeitnehmers bei Anwendung der Lehre Oertmanns vom Vorteilsausgleich

1. Die Differenztheorie als Grundlage der Schadensberechnung

Die Grundlage jeder Schadensberechnung bietet die aus

§ 249 BGB abzuleitende Differenztheorie. Diese definiert den Vermögensschaden als "Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestande, den sein Vermögen ohne das den Ersatzanspruch begründende Ereignis haben würde, wenn wir den Ersatzanspruch außer acht lassen" ¹⁾.

Wendet man diese Regel auf den Eigenschaden des Arbeitnehmers an, so kommt man in Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur und der Rechtsprechung zu der Folgerung, daß eine Differenz im Sinne einer Vermögensminderung beim Vermögen des Arbeitnehmers nicht eingetreten ist, da er seinen Lohn in voller Höhe weiterbezieht; die naturalistische Betrachtungsweise des § 249 BGB verlangt nur, daß der Zustand, der ohne das schädigende Ereignis bestände, hergestellt wird und überlegt nicht, wie und auf wessen Kosten ein Vermögensschaden beim Arbeitnehmer trotz seiner Arbeitsunfähigkeit vermieden wird ²⁾.

2. Die Lehre Oertmanns von der Vorteilsausgleichung

Es fragt sich aber, ob - wie der Bundesgerichtshof ³⁾ meint - dessenungeachtet ein Eigenschaden des Arbeitnehmers unter dem Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs akzeptiert werden kann.

-
- 1) Vgl. statt vieler Enneccerus-Lehmann, S. 58; ähnl. Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 6; Staudinger-Werner vor § 249 Anm. 9; Thiele, AcP 167, 194.
 - 2) Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 677; Fleischmann, VersR 1952, 213; Taube, VersR 1953, 91; Schmalzl, NJW 1953, 445; Breithaupt, NJW 1953, 97; Offerhaus, BB 1963, 772; LG Itzehoe, VersR 1952, 326; LG Tübingen, VersR 1952, 343; LG München, VersR 1955, 110; LG Frankfurt, NJW 1952, 589 Nr. 17; OLG Koblenz, NJW 1955, 794 = VersR 1955, 300.
 - 3) BGHZ 7, 30 (49).

Die Frage nach einem Vorteilsausgleich ergibt sich beim Vermögensschaden immer dann, wenn sich die Verletzungshandlung in irgendeiner Weise auch vorteilhaft auf das Vermögen des Verletzten ausgewirkt hat. Es ist dann festzustellen, ob der schadenmindernde Vorteil zugunsten des Schädigers berücksichtigt werden soll oder ob er in Abweichung von der Differenztheorie bei der Schadensberechnung außer Betracht bleibt. Oertmann hat sich zu dieser Frage bereits im Jahre 1901 grundlegend geäußert ¹⁾.

Nach Ansicht Oertmanns stellen Vorteil und Nachteil "zwei verschiedene Faktoren für die Berechnung des schließlich in einer einheitlichen Geldsumme ausgedrückten Interesses" dar ²⁾. Sie bilden demnach selbstständige Berechnungsfaktoren für den Schaden ³⁾. Ein Vorteil soll zugunsten des Schädigers immer dann angerechnet werden, wenn Vorteil und Nachteil durch dasselbe Ereignis adäquat hervorgerufen worden sind ⁴⁾. Oertmann hält die adäquate Kausalität deshalb, weil sie für die Abgrenzung des zu ersetzenden Schadens verwandt worden ist, auch dann für präjudiziell, wenn es um die Frage geht, welche Vorteile anzurechnen sind ⁵⁾. Deshalb will er schadenmindernde Leistungen Dritter nur dann anrechnen, wenn sie durch das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis gerade verursacht - also adäquat verursacht - und nicht nur bedingt sind ⁶⁾. Unterhaltsleistungen Dritter sollen, gleichgültig ob sie erst in Form eines Anspruchs be-

1) Oertmann, Vorteilsausgleichung.

2) aaO., S. 22.

3) aaO., S. 18.

4) aaO., S. 24.

5) aaO., S. 78-80.

6) aaO., S. 106.

stehen oder bereits bewirkt worden sind, analog dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB den Entschädigungsanspruch des Verletzten nicht ausschließen ¹⁾. Andererseits will Oertmann die Pension eines wegen einer Verletzung vorzeitig pensionierten Angestellten, auf welche dieser schon von vornherein aufgrund der Anstellungsbedingungen und nicht erst aufgrund einer Abrede nach der Verletzung einen Anspruch hatte, auf den Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer anrechnen, da hier kein eigener Rechtsgrund vorliege, der Angestellte vielmehr nur sein früheres Gehalt "in verkümmerter Form" als Gegenleistung für frühere Dienste weiterbeziehe ²⁾.

3. Die Ablehnung eines Eigenschadens des Arbeitnehmers in der neueren Literatur und Rechtsprechung

Auf diese Gedanken Oertmanns stützt sich in erster Linie die Argumentation derer, die im Ergebnis einen Schaden des Arbeitnehmers verneinen und deshalb folgerichtig einen Schadensausgleich zugunsten des Arbeitgebers ablehnen.

Sie bestreiten, daß zwischen der Verletzungshandlung und der Lohnfortzahlung überhaupt eine adäquate Kausalität bestehe, da der Anspruch auf Lohnfortzahlung trotz der Verletzung nicht wegfallende bzw. durch das schädigende Ereignis nicht erneut ausgelöst werde. Im Arbeitsverhältnis werde die generelle Gesetzesvorschrift des § 323 BGB durch die spezielle Vorschrift des § 616 BGB ausgeschlossen; diese habe im Hinblick auf die Lohnfortzahlung "konservierende Bedeutung", hebe in ihrem Bereich das Synallagma des Arbeitsver-

1) Oertmann, aaO., S. 107-108.

2) aaO., S. 142.

trages auf und verhindere so von vornherein das Entstehen eines Schadens beim Arbeitnehmer ¹⁾. Nach dieser Ansicht fehlt es also schon von vornherein an einem Nachteil, der durch den Vorteil Lohnfortzahlung ausgeglichen werden könnte. Die Feststellung eines wirtschaftlichen Schadens muß erfolgt sein, bevor überhaupt über eine Vorteilsausgleichung gesprochen werden kann; es taucht oft das Argument auf, der Lohn werde nicht "wegen", sondern "trotz" der Arbeitsunfähigkeit fortgezahlt ²⁾.

Entscheidend ist hiernach, daß der Vorteil der Lohnfortzahlung dem Nachteil der Arbeitsunfähigkeit nicht als selbständiger Berechnungsfaktor gegenübersteht, wie es Oertmann fordert ³⁾. Geht man davon aus, so braucht man die Frage, ob hier Vor- und Nachteil adäquat verursacht worden sind, nicht mehr zu prüfen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die Lehre Oertmanns hier von der eingangs angeführten Rechtsprechung des Reichsgerichts, die das entscheidende Merkmal der Anrechnung schadenmindernder Leistungen Dritter, die aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgen, in der Adäquanz sah, abweicht ⁴⁾.

1) Taube, VersR 1953, 91; ähnl. Fleischmann, VersR 1952, 214; Taube, VersR 1954, 108; ders. NJW 1954, 882; Werner, NJW 1955, 770; Esser, Schuldrecht, S. 274.

2) Vgl. z.B. Fleischmann, VersR 1952, 214; Machleid, JZ 1952, 645; ähnl. auch Schmalzl, NJW 1953, 445 u. Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, 677; auch Breithaupt, NJW 1953, 97 u. Offerhaus, BB 1963, 772, die wie Machleid im Ergebnis dem Arbeitgeber einen Ersatzanspruch zubilligen, bestreiten aus diesen Gründen einen Schaden des Arbeitnehmers.

3) aaO., S. 18.

4) Vgl. o., S. 5 ff.

4. Kritik an der Lehre Oertmanns

Diese Argumentation erscheint in sich geschlossen und ohne Widerspruch. Die Überlegung Taubes ¹⁾, das Prinzip der Gegenseitigkeit der §§ 323 ff. BGB werde durch § 616 BGB ausgeschaltet, so daß von vornherein kein Schaden entstehen könne, wird durch die bereits oben getroffene Feststellung, daß der Arbeitsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, gestützt ²⁾.

Zutreffend ist auch, daß die Ausführungen des Bundesgerichtshofs, die allerdings am Anfang stehende Frage nach der Entstehung eines Schadens dürfe den Blick für die weitere Frage des Schadensausgleichs und des wirklich entstandenen Schadens nicht versperren, da dem Schädiger die Leistungen des Arbeitgebers nicht zugute kommen dürften und ein Schaden deshalb unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung zu bejahen sei ³⁾, vom Standpunkt der Gegenmeinung aus unhaltbar sind. Geht man davon aus, daß der Vorteil gegenüber dem Schaden ein autonomer Berechnungsfaktor sein müsse, so erliegt der Bundesgerichtshof hier einem Zirkelschluß, wenn er durch die Nichtanrechnung des Vorteils einen Schaden begründen will; nach der Lehre Oertmanns muß dieser Schaden ja zunächst festgestellt werden ⁴⁾. Es wird so die Rechtsfolge, nämlich die Nichtanrechnung, zur Voraussetzung des Anspruchs ge-

1) Taube, VersR 1953, 91.

2) Vgl. oben, S. 31 ff.

3) BGHZ 7, 30 (48 ff.).

4) aaO., S. 22.

macht 1) 2).

Es fragt sich aber, ob die Thesen Oertmanns, auf denen ja die Meinung derer, die im Ergebnis einen Schaden des Arbeitnehmers ablehnen, aufbaut, haltbar sind.

Gegen die Behauptung, die Adäquanz müsse über die Anrechnung eines Vorteils entscheiden, werden bereits seit längerer Zeit begründete Bedenken vorgebracht. Denn die Verbindung der Frage nach einem Vorteilsausgleich mit der Frage danach, ob der anzurechnende Vorteil vom Schädiger adäquat verursacht worden ist, birgt bereits einen Widerspruch. Die Adäquanz fragt, ob ein bestimmter Handlungserfolg einem bestimmten Menschen zuzurechnen ist, stellt also auf die Vorhersehbarkeit dieses Erfolges ab und grenzt die Haftung des Handelnden soweit ein, wie er einen Kausalverlauf beherrschen konnte ³⁾. Dieser Gedanke der Zurechnung eines Geschehensablaufs paßt aber nicht für die Situation, in der eine schädigende Handlung bereits

-
- 1) Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1244; Machleid, DRiZ 1953, 124; Werner, NJW 1955, 770; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 678.
 - 2) Diesem Zirkelschluß erliegt auch Thiele, AcP 167, 218, wenn er ausführt, durch § 616 BGB werde nicht etwa ein Schaden verhindert, die Vorschrift setze vielmehr gedanklich einen Schaden voraus, so daß die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung genau so eine Folge der Schädigung sei wie die Schadensersatzpflicht des Verletzers. Auch hier wird von der Rechtsfolge, der Schadensersatzpflicht, auf deren Voraussetzung, das Vorliegen eines Schadens, geschlossen. Aus demselben Grunde entfällt die Frage nach einem Vorteilsausgleich nicht deshalb, weil der Arbeitnehmer über § 281 BGB verpflichtet sein könnte, seinen Ersatzanspruch gegen den Schädiger an seinen Arbeitgeber abzutreten (so aber Thiele, AcP 167, 218-219). Denn auch § 281 BGB setzt das Bestehen eines Ersatzanspruches und damit eines Schadens voraus.
 - 3) Cantzler, AcP 156, 48; Esser, MDR 1957, 524; ders., Schuldrecht, S. 272; ähnlich schon Baur, JW 1937, 1463.

einen Schaden herbeigeführt hat, gleichzeitig aber ein Vorteil entstanden ist. Das Vorhersehbarkeitsurteil der Adäquanz wirkt hier sachfremd, stellt man darauf ab, daß dem Schädiger solche Vorteile zukommen sollen, die vorhersehbar waren ¹⁾. Es ist zwar nicht richtig, daß derartige Vorteile den Schädiger deshalb nicht entlasten dürfen, weil er sie vorausberechnen konnte, die zu erwartende Anrechnung ihn also zu einer Schädigung ermuntern mußte ²⁾. Denn die Adäquanz stellt nicht auf ein subjektives, an der Person des Schädigers orientiertes Vorhersehbarkeitsurteil ab, sondern überprüft einen Geschehensablauf objektiv auf seinen Zusammenhang mit der schädigenden Handlung; die Argumentation Cantzlers und Essers verwechselt hier objektive Vorhersehbarkeit im Sinne der Adäquanz und Verschulden. Richtig ist aber, daß die Adäquanz mit ihrem objektiven Vorhersehbarkeitsurteil ihren Platz im haftungsbe gründenden Tatbestand hat; der Gedanke des Vorteilsausgleichs, dem Schädiger sollten gelegentlich der Schädigung aufgetretene Vorteile zugute kommen, steht im Widerspruch zu dem Ziel der Adäquanz, die Grenzen des vom Schädiger zu verantwortenden Schadens abzu stecken ³⁾. Diese Argumentation begründet bereits ernste Zweifel an der Richtigkeit der Thesen Oertmanns, auch wenn die Adäquanz nach Meinung derer, die einen Arbeitnehmerschaden nicht anerkennen, keine Rolle spielt, da die Verletzung für die Lohnfortzahlung überhaupt nicht ursächlich sei.

Aber auch die Notwendigkeit der Selbständigkeit von Vor- und Nachteil scheint, entgegen der Lehre Oert-

1) Cantzler, aaO., 49; Esser, Schuldrecht, aaO.

2) So aber Cantzler, aaO., 49; Esser, Schuldrecht, aaO.

3) Cantzler, aaO.; Esser, aaO.; Thiele, AcP 167, 196.

manns, ungerechtfertigt zu sein. Denn es kann doch vom Grundsatz und vom Ergebnis her keinen Unterschied machen, ob in dem einen Falle zunächst ein Schaden entsteht, der dann durch einen selbständigen Vorteil in Gestalt der Zuwendung eines Dritten wieder beseitigt wird, oder ob die Entstehung eines Schadens dadurch verhindert wird, daß von vornherein eine Leistungspflicht eines Dritten bestanden hat ¹⁾. Vom Ergebnis hier gesehen hat der Verletzte in beiden Fällen keinen Schaden erlitten. Dann erscheint es aber willkürlich und formalistisch, diese beiden Konstellationen unterschiedlich zu behandeln, nur weil in dem einen Falle zunächst ein sofort wieder beseitigter Schaden entstanden ist, der im anderen Falle gar nicht erst eintreten konnte. Man ist nicht gezwungen zu verlangen, daß vor jedem Vorteil ein Schaden festgestellt wird, den dieser Vorteil dann wieder beseitigt. Denn einerseits ist nach dem geltenden Recht nicht jeder Vorteil, der aus dem Verhalten eines Rechtsgenossen für einen anderen erwachsen ist, auszugleichen; ebenso ist aber andererseits ein Vorteil auch nicht immer dann auszugleichen, wenn er zugleich mit einem Nachteil eintritt ²⁾.

Im Schadensersatzrecht findet man auch keine Konstruktionsgrenze, die eine Gleichbehandlung der Fälle, in denen ein Schaden durch die schadenmindernde Leistung eines Dritten nachträglich beseitigt worden ist, mit denen verbietet, in denen ein Schaden durch das Bestehen der Leistungspflicht eines Dritten von vornherein verhindert wird, wie es Kollhosser ³⁾ ohne nähere Begründung behauptet. Bei der Figur der Vorteilsausgleichung handelt es sich um eine gewohnheits-

1) Selb, Schadensbegriff, S. 47 u. S. 60.

2) Zeuner, AcP 163, 385.

3) Kollhosser, AcP 166, 287-288.

rechtlich anerkannte Konstruktion, die entgegen § 249 BGB eine Ausnahme vom Grundsatz des Vergleichs der Vermögenslagen des Verletzten vor und nach der Verletzungshandlung für den Einzelfall dann vorsieht, wenn gelegentlich der Verletzungshandlung ein schadenmindernder Vorteil entstanden ist. Man kann aber nicht daran gehindert werden, dieses gewohnheitsrechtlich anerkannte Institut bei einzelnen Fallgruppen zu modifizieren, wenn es, wie hier, zu ungerechten Ergebnissen führt.

Diese Erwägung, daß eine unterschiedliche Behandlung von nachträglich beseitigtem und von vornherein verhindertem Schaden ungerechtfertigt ist, greift im übrigen auch gegenüber der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Vorteilsausgleich ein, auch wenn das Reichsgericht diese Unterscheidung allein mit Hilfe der Adäquanz begründete ¹⁾.

Schließlich würde es, wenn man die Lohnfortzahlung nicht auf den Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers anrechnen wollte, auch nicht an einem Kausalzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung des Schädigers und dem Erwerbsschaden des Arbeitnehmers fehlen. Man könnte dann nämlich nicht etwa sagen, durch die Verletzungshandlung entstünde kein Erwerbsschaden, weil die Lohnzahlung ohne Rücksicht auf die vom Schädiger verursachte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers sowieso weiterlaufe ²⁾. Denn die Ursächlichkeit der Verletzungshandlung für den Erwerbsschaden des Arbeitnehmers wird ja nicht dadurch beseitigt, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer diesen Schaden gewissermaßen

1) Vgl. oben S. 5 ff.

2) So, wenn auch im Zusammenhang mit der Frage danach, ob dem Arbeitgeber durch die Verletzung des Arbeitnehmers ein Schaden entstanden sei, Rother, S. 240 ff.; Kollhoser, AcP 166, 302; Taube, VersR 1954, 108; ders., NJW 1954, 882.

vorweg ersetzt. Käme man zu dem Ergebnis, die Lohnfortzahlung sei auf den Erwerbsschaden des Arbeitnehmers gegen den Schädiger nicht anzurechnen, dann wäre ja rein rechnerisch ein Schaden durch die Herbeiführung der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers entstanden; diese Arbeitsunfähigkeit hat der Schädiger aber adäquat kausal herbeigeführt.

Ob die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber auf den Ersatzanspruch anzurechnen ist oder nicht, wird im folgenden zu untersuchen sein.

III. Die Versuche der Begründung eines Arbeitnehmerschadens in der neueren Rechtsprechung und Lehre

1. Die Differenziertheit der verschiedenen Lösungsversuche

Im Anschluß an die erste Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Schadensausgleich bei Lohnfortzahlung versuchten Rechtsprechung und Literatur auf recht unterschiedlichen Wegen, einen Schaden des Arbeitnehmers zu begründen.

Man sagt, die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber betreffe den Schädiger nicht; er dürfe sich nicht auf die Lohnfortzahlung berufen; § 616 BGB solle den Verletzten und nicht den Schädiger entlasten; eine Anrechnung der Lohnfortzahlung widerspreche der Interessenlage und der Billigkeit; aus den Vorschriften über die *cessio legis* und dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB müsse ein Schaden des Arbeit-

nehmers gefolgert werden ¹⁾.

In den einzelnen Darstellungen tauchen dabei diese sehr verschiedenen Argumente nebeneinander auf. Nur vereinzelt versucht man, einen Schaden des Arbeitnehmers bei gleichzeitigem Festhalten an der Lehre vom Erfordernis der Selbständigkeit des Vorteils oder von der Adäquanz als Anrechnungsmaßstab zu begründen. So sagt beispielsweise Sieg, der Arbeitgeber erbringe im Falle der Erkrankung des Arbeitnehmers eine Versorgungsleistung und zahle keinen Lohn weiter; in Höhe des entgangenen Lohns erwachse dem Arbeitnehmer demnach ein Schaden ²⁾. Die Praxis will teilweise einen Schaden des Arbeitnehmers dadurch konstruieren, daß sie in Arbeits- oder Tarifverträgen vereinbart, der Lohn solle bei der Verletzung des Arbeitnehmers durch einen Dritten nur als Vorschuß weitergezahlt werden; die Rückzahlungsschuld des Arbeitnehmers solle dann durch die Abtretung des Schadensersatzanspruchs beglichen werden. In Höhe des Vorschusses würde dem Arbeitnehmer dann ein Schaden erwachsen ³⁾.

In den folgenden Abschnitten sollen diese unterschiedlichen Argumente auf ihre Stichhaltigkeit hin

1) Brecht, BB 1951, 396; Herbst, RdA 1952, 300; Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1243; dies., Übergang von Schadensersatzansprüchen, NJW 1956, 1464; Harms, JZ 1958, 157 f.; Enneccerus-Lehmann, S. 85 f.; Blomeyer, S. 179; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 640 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341; Palandt-Danckelmann vor § 249 Anm. 7 d; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 4 u. § 843 Anm. 7; RGRK-Nastelski vor § 249 Anm. 80 u. 88; RGRK-Haager vor § 823 Anm. 71; RGRK-Kreft, § 843 Anm. 9 u. 11; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 58 u. 59; Soergel-Siebert-Schmidt, §§ 249-253 Anm. 57; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 48.

2) Sieg, JZ 1954, 336 ff.

3) Vgl. zum Streit um die Gültigkeit des § 12 Abs. 3 TOA u.a. Brecht, BB 1951, 396; Herbst, RdA 1952, 297; Dietz, NJW 1952, 589; Harms, JZ 1958, 157; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642.

untersucht werden.

2. Die Abdingung der Lohnfortzahlung gegenüber dem Deliktsschuldner

Besonders häufig begegnet das Argument, die Lohnfortzahlung tangiere nur das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und berühre den Schädiger nicht ¹⁾. Zum Teil wird dem Schädiger die Berufung auf die Lohnfortzahlung auch deshalb verweigert, weil die Lohnfortzahlung seit Einführung des § 189 RVO und des § 616 Abs. 2 BGB durch die Notverordnungen der Jahre 1930 und 1931 die Krankenkassen und nicht den Schädiger entlasten solle ²⁾.

- a) Diese Formulierung kann man nur dahin verstehen, daß die Lohnfortzahlung zwar intern zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unabdingbar, aber extern dem Schädiger gegenüber abbedungen sein soll.

Zunächst ist festzustellen, daß die Argumentation des Bundesgerichtshofs, die Lohnfortzahlung solle die Krankenkasse und nicht den Schädiger entlasten, zur Begründung dieser "relativen Abdingbarkeit" nichts besagt ³⁾. Denn die Pflicht zur Lohnfortzahlung im Falle der Verletzung des Arbeitnehmers durch einen Dritten bestand ja auch schon vor der Einführung der Unabdingbarkeit durch die Notverordnungen; die Notverordnungen wirken sich nur auf das Verhältnis der Pflicht zur Lohnfortzahlung des Ar-

1) Brecht, BB 1951, 396; Dietz, NJW 1952, 589; Reinicke, NJW 1953, 1243; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 4; Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 8; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 59; RGRK-Kreft, § 843 Anm. 9.

2) BGHZ 7, 30 (49-50); Dersch, BB 1952, 892; Lange, Arbeitgeber 1953, 774.

3) BGHZ 7, 30 (47-48).

beitgebers zur Einstandspflicht der Kassen aus, sagen aber über das Verhältnis des Anspruchs auf Lohnfortzahlung zum Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer nichts aus ¹⁾.

Im übrigen ist die Konstruktion einer relativen Abdingbarkeit auch dann, wenn man nur von der Lohnfortzahlung ausgeht, unhaltbar. Denn ein Erlaßvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kommt schon vom Tatbestand her nicht in Betracht, da der Arbeitnehmer seinen Lohn ja weiter bezieht; außerdem wäre ein Erlaß der Lohnfortzahlung wegen ihrer Unabdingbarkeit auch gar nicht möglich ²⁾. Ebenso fehlt es aber auch tatbestandlich an einem Erlaßvertrag zwischen Arbeitnehmer und Schädiger, durch welchen etwa der Schädiger gegenüber dem Arbeitnehmer auf die Berücksichtigung der Lohnfortzahlung bei der Schadensberechnung verzichtete. Ein Erlaßvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nach dem die Lohnfortzahlung zwar tatsächlich erfolgen, gegenüber dem Schädiger aber als erlassen gelten soll, wäre als Vertrag zu Lasten Dritter unwirksam ³⁾. Arbeitgeber und Arbeitnehmer nähmen durch diese Abrede Einfluß auf die Höhe des vom Schädiger zu ersetzenden Schadens und begründeten so durch Vertrag eine weitergehende Verpflichtung des Schädigers, was ohne seine Zustimmung nicht möglich ist ⁴⁾.

1) Siebert, aaO., S. 675-676; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341 Anm. 84.

2) Siebert, aaO., S. 676; Soergel-Siebert-Schmidt, §§ 249-253 Anm. 57; vgl. auch S. 27 f.

3) Ähnlich wie bei Erlaß gegenüber einem von mehreren Unfallschädigern, BGHZ 12, 218.

4) Vgl. zum Vertrag zu Lasten Dritter Enneccerus-Lehmann, S. 147 f.; Larenz, Schuldrecht I, S. 129 f.

Im Rahmen einer Schadensberechnung kann somit mit Hilfe der relativen Abdingbarkeit ein Schaden nicht begründet werden, weil die Auffassung vom Schaden als einer Differenz im Vermögen des Verletzten nachträgliche vertragliche Vereinbarungen über einzelne Schadensposten ohne Mitwirkung des Schädigers nicht zuläßt.

- b) Mit einer ähnlichen Konstruktion will Küchenhoff die Frage nach einem Schaden des Arbeitnehmers beantworten ¹⁾. Er bezeichnet das Ergebnis, daß weder der Arbeitgeber als mittelbar Geschädigter noch der Arbeitnehmer, der keinen eigenen Schaden erleide, einen Schadensersatzanspruch haben sollen, für das "wirkende Recht" als unvertretbar und will mit einer "juristischen Relativitätstheorie" aushelfen. Danach soll der Arbeitnehmer im Verhältnis zum Verletzer "einen zum Ausgleich der Lohnfortzahlungspflicht abtretbaren und bei Geltendmachung des Lohnanspruchs abzutretenden Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer" haben, obwohl er keinen Lohnausfall erleide. Der Arbeitnehmer darf den Anspruch gegen den Schädiger also nur zur Abtretung an den Arbeitgeber verwenden und kann auch seinen Lohnanspruch nur gegen Abtretung des Schadensersatzanspruchs geltend machen ²⁾.

Diese Theorie Küchenhoffs hat nur das gewünschte Endergebnis im Auge und verzichtet auf eine dogmatisch einwandfreie Schadensberechnung. Man kann nicht auf der einen Seite einen Schaden durch Lohnausfall leugnen, um auf der anderen Seite dem Verletzten einen Schadensersatzanspruch zuzusprechen,

1) Erman-Küchenhoff, § 616 Anm. 8.

2) Erman-Küchenhoff, aaO.

den er nur zugunsten eines bestimmten Dritten geltend machen darf. Küchenhoff konstruiert so einen Schadensersatzanspruch ohne Schaden. Die Figur eines nur relativen Schadens, der nur gegenüber bestimmten Personen, nicht aber absolut besteht, ist dem geltenden Recht nicht zu entnehmen. Außerdem verstößt die Klausel, der Arbeitnehmer dürfe seinen Lohnanspruch nur gegen Abtretung seines Schadensersatzanspruchs geltend machen, gegen das Gebot der Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung ¹⁾. Sie ist zudem - von den unten zu behandelnden Fällen, die der Regelung des § 12 Abs. 3 TOA entsprechen, abgesehen - in Arbeitsverträgen auch nicht zu finden und kann auch nicht als stillschweigend vereinbarte Bedingung in den Einzelarbeitsvertrag hineininterpretiert werden ²⁾.

3. Die Analogie zur cessio legis, zum stellvertretenden commodum und zum Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB

Vereinzelte hat man auch versucht, einen Schaden des Arbeitnehmers mit Hilfe einer Analogie zu den Vorschriften über die cessio legis, beispielsweise die §§ 1542 RVO, 139 DBG, das stellvertretende commodum und den Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB zu fingieren ³⁾. Umgekehrt sieht Nipperdey in § 843 Abs. 4 BGB "die gesetzliche Festlegung eines Schadensersatzanspruchs ohne notwendig entstandenen Schaden" ⁴⁾.

Schelp-Herbst wollen sogar durch eine Analogie zu den §§ 426 Abs. 2, 255, 281 BGB, 1542 RVO, 67 VVG, 139 DBG und 81 Abs. 2 BVersorggsG einen gesetzlichen For-

1) Vgl. oben S. 27 f.

2) Selb, Schadensbegriff, S. 59.

3) Brecht, BB 1951, 396; Harms, JZ 1958, 158; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 641.

4) Nipperdey, ZAkDR, 1938, 263.

derungsübergang der Schadensersatzforderung des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber erreichen ¹⁾.

Aber auch diese Versuche bewirken keine rechtlich einwandfreie Lösung des Problems. Die Vorschriften über eine cessio legis fingieren nämlich nicht einen fehlenden Schaden, sondern sie dienen, wie es Reimer Schmidt für die cessio legis im Versicherungsvertragsrecht durch § 67 VVG ausdrückt, lediglich als "Dreh-scheibe, auf welcher der Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers (der Originalanspruch) dem Versicherer zugeführt wird" ²⁾. Die genannten Vorschriften begründen also keinen Schaden: sie leiten nur einen bereits bestehenden Schadensersatzanspruch auf eine Person über, die nur mittelbar betroffen ist ³⁾. Weil diese Vorschriften aber lediglich einen bereits bestehenden Schadensersatzanspruch überleiten, können sie auch nicht zur Begründung einer Schadensfiktion herangezogen werden, da sie ja darüber, ob ein Schaden entstanden ist, nichts mitteilen. Von der Möglichkeit der Überleitung eines Schadensersatzanspruchs auf einen Schaden zu schließen, wäre ein Zirkelschluß, weil so die Rechtsfolge zur Begründung ihrer Voraussetzungen bemüht würde ⁴⁾.

Deshalb kann auch in keiner dieser Vorschriften die Festlegung eines Schadensersatzanspruchs ohne Schaden gesehen werden; auch § 843 Abs. 4 BGB erklärt lediglich das Verhältnis zwischen zwei bereits vorhandenen

1) Schelp-Herbst, BABl. 1956, 75.

2) Reimer Schmidt, Regreß, VersR 1953, 457.

3) a.A. Spoth, Sozialversicherung 1951, 212.

4) Lepenies, VersR 1951, 32; Friedrich, VersR 1950, 141; Fleischmann, VersR 1952, 214; Taube, VersR 1953, 447; Esser, Schuldrecht, S. 180 f.; Lange, Arbeitgeber 1953, 774; Schmalzl, NJW 1953, 447.

Ansprüchen¹⁾.

Die Idee einer Zession der Schadensersatzforderung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber in Analogie zu den gesetzlichen Zessionsvorschriften ist ebenfalls nicht praktikabel. Denn jede der von Schelp und Herbst für diese Analogie vorgesehenen Vorschriften hat genau umrissene Prämissen, die nicht auf den Regreß des Arbeitgebers übertragen werden können. So setzt § 426 Abs. 2 BGB mehrere gleichstufige Verpflichtungen voraus, was im Verhältnis vom Arbeitgeber zum Deliktsschuldner, wie noch nachzuweisen ist, nicht zutrifft. Bei einer Surrogatabtretung nach § 281 BGB muß der Geschädigte zunächst selbst einen Anspruch erworben haben; außerdem begründet § 281 BGB nur einen Anspruch auf Abtretung und leitet nicht von selbst eine Forderung über²⁾. In den §§ 1542 RVO und 67 VVG werden der Staat bzw. die Versicherung als primär leistungspflichtig vorgestellt; deshalb wird ihnen durch eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß nur der unmittelbar Verletzte selbst einen Schadensersatzanspruch formulieren kann, eine Regreßmöglichkeit gewährt. Es wurde dazu bereits oben³⁾ festgestellt, daß Ausnahmeregelungen dann nicht analog angewandt werden können, wenn aus ihrem Wortlaut oder ihrem Gesetzeszweck hervorgeht, daß sie nur für den von ihnen geregelten Tatbestand gelten sollen, alle vom Wortlaut nicht erfaßten Fälle jedoch einer abweichenden Regelung unterwerfen wollen. Das ist hier der Fall, da die cessio legis zugunsten des Staates bzw. des Versicherungsträgers nur deshalb angeordnet worden ist, weil ihre Leistungsfähigkeit gegenüber dem Verletzten außer Zweifel steht. Es ist damit gewährlei-

1) Selb, Schadensbegriff, S. 5 f.

2) Esser, Schuldrecht, S. 180 f.; unzutreffend insoweit Thiele, AcP 167, 218-219.

3) Vgl. oben, S. 51 ff.

stet, daß der Geschädigte in jedem Falle eine Ersatzleistung erhält, er also auf seinen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer nicht mehr angewiesen ist. Das gilt aber nicht in gleichem Maße für die anderen Träger der Soziallast, wie etwa den Arbeitgeber und die Familie des Verletzten. Es muß deshalb ihnen gegenüber bei der allgemeinen Regelung bleiben; der Ersatzanspruch des von ihnen versorgten Verletzten kann nicht im Wege einer cessio legis auf sie übergehen ¹⁾.

4. Lohn und Versorgung (Sieg)

Sieg geht davon aus, daß der erkrankte Arbeitnehmer im Falle der Lohnfortzahlung keinen Lohn, sondern eine Versorgungsleistung erhalte, die auf seinen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer nicht angerechnet werden dürfe ²⁾.

Folgt man Sieg, so kommt man in der Tat dazu, einen Schaden des Arbeitnehmers durch Verdienstausschlag zu akzeptieren. Weil der Arbeitnehmer keinen Lohn, sondern eine andersartige Versorgungsleistung erhielte, lägen ein Nachteil (Verdienstausschlag) und ein Vorteil (Versorgungsleistung) vor; zwei selbständige Schadensberechnungsposten wären gegeben. Damit wäre die Lehre Oertmanns, auf die sich Sieg allerdings nicht ausdrücklich bezieht, zumindest für den Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung gerettet, da man jetzt über eine Anrechnung oder Nichtanrechnung mit Hilfe der Adäquanz entscheiden könnte ³⁾. Oertmann selbst wäre dann jedoch bei seiner Meinung, im Falle

1) Offerhaus, BB 1963, 772; Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1244.

2) Sieg, JZ 1954, 338; ähnlich schon Spoth, Sozialversicherung 1951, 212.

3) Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 22 u. 24; vgl. auch Selb, Schadensbegriff, S. 61.

der Zahlung einer Pension an einen unfallverletzten Arbeitnehmer aufgrund der Bedingungen des Arbeitsvertrages entstehe diesem von vornherein kein Schaden, da er sein früheres Gehalt "in verkümmerter Form" weiterbeziehe, von falschen Voraussetzungen ausgegangen¹⁾.

Die Theorie vom Versorgungscharakter der Lohnfortzahlung trifft jedoch deren Wesen nicht. Schon der Wortlaut des § 616 BGB, der von "Vergütung" spricht, und der des § 63 HGB, der Angestellte behalte seinen Anspruch auf "Gehalt und Unterhalt", widersprechen einer Deutung der Lohnfortzahlung als Versorgungsleistung²⁾. Weiterhin deutet die Tatsache, daß die Lohnfortzahlung mit dem Tatbestandsmerkmal der "verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit" in ein Verhältnis zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses gesetzt wird, auf ein Festhalten am Entgeltgedanken hin³⁾. Gegen den Versorgungscharakter der Lohnfortzahlung spricht weiterhin, daß der Arbeitnehmer seinen Lohn mit allen Zulagen empfangen soll⁴⁾. Eine Versorgungsleistung würde sich aber, wie die §§ 1610, 1611 BGB zeigen, nach der Bedürftigkeit des Empfängers richten und ihm keinen vollen Ausgleich für seinen Verdienstaussfall gewähren⁵⁾.

1) Oertmann, aaO., S. 142.

2) Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 681; Fleischmann, VersR 1952, 214; Taube, VersR 1956, 140; Offerhaus, BB 1963, 772.

3) Siebert, aaO., S. 681.

4) Vgl. oben S.24f. zum Lohnausfallprinzip; das ArbKrG will dem Arbeitnehmer zwar nur ein seinem Normaleinkommen angenähertes Einkommen sichern, geht aber ebenfalls noch vom Entgeltgedanken aus, weil es den letzten Abrechnungszeitraum bei der Berechnung zugrundelegt, vgl. oben S. 26 f.

5) Siebert, aaO., S. 683; Offerhaus, BB 1963, 772-773.

Zwar soll nicht geleugnet werden, daß die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle auch Unterhaltselemente enthält, die sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergeben; aber auch die normale Lohnzahlung wird durch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers mitbegründet ¹⁾.

Die Fürsorge ist hier aber nur Motiv und nicht Wesensgehalt der Lohnzahlung im Krankheitsfalle. Die Unterhaltselemente gehen im Entgeltgedanken des Arbeitsvertrags auf ²⁾.

5. Die vorschußweise Lohnfortzahlung

In der Praxis will man teilweise einen Schaden des Arbeitnehmers damit begründen, daß man in Einzelarbeitsverträgen oder in Tarifverträgen den Anspruch auf Lohnfortzahlung eines Arbeitnehmers, der durch einen Dritten schuldhaft verletzt worden ist, auf einen Tag verkürzt; vom zweiten Tage an braucht der Arbeitgeber den Lohn nur vorschußweise gegen Abtretung des Schadensersatzanspruchs des Arbeitnehmers gegen den Verletzer weiterzuzahlen; die Rückzahlungsschuld des Arbeitnehmers wird dann mit den beim Arbeitgeber eingegangenen Schadensersatzzahlungen des Schädigers verrechnet. Den Modellfall dieser Methode, die Anfang der fünfziger Jahre diskutiert wurde, bot die inzwischen abgelöste Vorschrift des § 12 Abs. 3 der Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (TOA). Ähnliche Abreden finden sich auch in anderen Tarifverträgen und Dienstordnungen insbeson-

1) Fleischmann, VersR 1952, 214; Taube, VersR 1956, 142; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 79; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 411 ff., letztere allerdings mit der Einschränkung, daß sich die Fürsorgepflicht nur auf die Durchführung der Lohnzahlung auswirken solle.

2) Siebert, aaO., S. 683.

dere solchen kommunaler Dienststellen ¹⁾.

Die Konstruktion eines Arbeitnehmerschadens mit Hilfe einer nur vorschußweisen Lohnfortzahlung hebt sich von den bisher behandelten Lösungsversuchen dadurch ab, daß sie nicht erst die durch die Verletzung des Arbeitnehmers entstandene Situation rechtlich würdigt, sondern bereits vorher Abreden trifft, die einen Eigenschaden des Arbeitnehmers herbeiführen sollen.

Der Weg über § 12 Abs. 3 TOA und vergleichbare Abreden führt tatsächlich dazu, daß der Arbeitnehmer einen Schaden aus Verdienstausfall erleidet. Erhält er nämlich seinen Lohn nur unter der Bedingung der Abtretung des Schadensersatzanspruchs als Vorschuß, so erwächst ihm in Höhe des fortgezahlten Lohns eine Verbindlichkeit, die durch die Verletzungshandlung des Schädigers adäquat herbeigeführt worden ist. Er erleidet in dieser Höhe auch einen Schaden, da ja - geht man von der Differenztheorie aus ²⁾ - bei der Berechnung des Vermögensschadens der Ersatzanspruch gegen den Schädiger unberücksichtigt bleibt; das Vermögen des Arbeitnehmers ist dann um den Betrag der Rückzahlungspflicht gemindert. Entgegen der Ansicht von Lepenies ³⁾ wird durch § 12 Abs. 3 TOA und vergleichbare Abreden kein Ersatzanspruch für den nur mittelbar geschädigten Arbeitgeber geschaffen, weil der Arbeitnehmer selbst einen Schaden erleidet; den daraus hergeleiteten Schadensersatzanspruch kann er dann an den Arbeitgeber abtreten.

1) Herbst, RdA 1952, 297; vgl. auch den § 6 Z. 8 des Arbeitsvertrages, welcher der Entscheidung des IG Hamburg in DR 1943, 447, zugrunde liegt.

2) Vgl. oben S. 54 f.

3) Lepenies, VersR 1950, 175.

Es soll hier keine Erörterung der speziell mit § 12 Abs. 3 TOA zusammenhängenden Fragen stattfinden, da nur die Konstruktion eines Arbeitnehmerschadens mit Hilfe der vorschußweisen Lohnfortzahlung interessiert ¹⁾.

Die vorschußweise Lohnfortzahlung ist aber mit den Vorschriften über die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung entsprechend den §§ 616 Abs. 2 BGB, 63 Abs. 1 HGB, 133c Abs. 2 GewO und 6 ArbKrG unvereinbar und wird deshalb von der überwiegenden Meinung mit Recht abgelehnt ²⁾.

Diejenigen, die einen Schaden des Arbeitnehmers mit einer nur vorschußweisen Lohnfortzahlung begründen wollen, berufen sich darauf, der Arbeitnehmer empfangen seinen vollen Lohn und erleide wirtschaftlich keinen Nachteil ³⁾. Der Bundesgerichtshof erklärt eine (damals) auf § 12 Abs. 3 TOA gestützte Abtretung des Schadensersatzanspruchs für zulässig, wenn der Arbeitnehmer den vollen Gegenwert in Gestalt des Lohns bereits bekommen habe und ihn behalten könne ⁴⁾; der Bundesgerichtshof erkennt aber nicht, daß durch die nur vorschußweise Lohnfortzahlung dem Arbeitnehmer bereits ein Schaden entstanden ist, ein solcher also nicht erst unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsaus-

1) Vgl. hierzu Spoth, Sozialversicherung 1950, 212; Bach, Sozialversicherung 1950, 226; Friedrich, VersR 1950, 141; Herbst RdA 1952, 298-299; Böhm, ArbuRecht 1956, 300 ff.

2) Lopenies, VersR 1950, 174 f., VersR 1951, 7 f. u. 32; Bach, Sozialversicherung 1950, 225 f.; Friedrich, VersR 1950, 141; Dietz, NJW 1952, 589; Lange, Arbeitgeber 1953, 775; Taube, VersR 1953, 92; Böhm, ArbuRecht 1956, 302; Harms, JZ 1958, 157; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642; a.A. Herschel, DR 1943, 447; Brecht, BB 1951, 396; Spoth, Sozialversicherung 1950, 212; Herbst, RdA 1952, 297 ff.

3) Herschel, aaO.; Brecht, aaO.; Herbst, aaO., 298.

4) BGHZ 7, 30 (52).

gleichung bejaht werden muß ^{1) 2)}.

Man kann aber nicht von einer rein tatsächlichen Betrachtungsweise ausgehen und sagen, der Arbeitnehmer erleide durch die nur vorschußweise Lohnfortzahlung bei gleichzeitiger Verkürzung des Fortzahlungszeitraums auf einen Tag keinen wirtschaftlichen Nachteil. Es wurde bereits oben festgestellt, daß die Lohnfortzahlung an Handlungsgehilfen, gewerbliche Angestellte und die Zuschußzahlung an Arbeiter nach Grund und Dauer, die Gehaltsfortzahlung an die übrigen Angestellten wenigstens dem Grunde nach unabdingbar sind ³⁾. Eine Abdingung dem Grunde und der Dauer nach kommt nur bei nicht versicherungspflichtigen Arbeitnehmern, eine Verkürzung des Fortzahlungszeitraums nur bei den in § 616 Abs. 2 BGB genannten Angestellten in Betracht; eine Abdingung ist aber auch bei diesen Angestellten nur durch einen Tarifvertrag möglich ⁴⁾.

Aus dieser strengen Regelung über die Unabdingbarkeit ist zu ersehen, daß der Gesetzgeber sehr großen Wert auf die soziale Sicherung der Arbeitnehmer im Krankheitsfalle und auf eine Entlastung der Kassen legt. Die Fälle, in denen eine Abdingung der Lohnfortzahlung oder eine Verkürzung des Fortzahlungszeitraums überhaupt möglich ist, bilden eng begrenzte Ausnahmen, obwohl der Umkehrschluß aus § 619 BGB früher für die Möglichkeit einer Abdingung sprach ⁵⁾.

Daraus kann man nur folgern, daß die Lohnfortzahlung

1) BGHZ 7, 30 (49).

2) Das hat Bach bei der Erwähnung des Urteils des LG Hamburg in DR 1943, 447, dem eine § 12 Abs. 3 TOA entsprechende Regelung zur Beurteilung vorlag, richtig erkannt, vgl. Bach, Sozialversicherung 1950, 226.

3) Vgl. oben S. 27 f.

4) Vgl. oben aaO.

5) Enneccerus-Lehmann, S. 627.

nicht von Voraussetzungen, die im Gesetz nicht genannt werden, abhängig gemacht werden darf, etwa davon, daß der Arbeitnehmer seinen Schadensersatzanspruch an den Arbeitgeber abtritt ¹⁾.

Die Verkürzung der Pflicht zur Lohnfortzahlung auf einen Tag und die Weiterzahlung als Vorschuß erfüllen, soweit sie durch einen Tarifvertrag vereinbart werden, den Willen des Gesetzgebers zwar formal aber nicht dem Sinne nach, da sie den starken sozialen Schutz des Arbeitnehmers, den das Gesetz erstrebt, nicht bedenken ²⁾. Man kann aber eine durch Gesetz gesicherte soziale Position nicht vermittels eines Tarifvertrags und erst recht nicht durch Arbeitsverträge abbauen ³⁾. Inso- weit ist hier, anders etwa als bei der Frage der Ab- tretung von Lohnforderungen und im Bereich der Zwangs- vollstreckung in Lohnforderungen, eine normative und nicht eine rein faktische Betrachtungsweise geboten ⁴⁾.

Es kann also ein Schaden des Arbeitnehmers nicht mit Hilfe einer nur vorschußweisen Lohnfortzahlung begrün- det werden, da die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung eine solche Konstruktion nicht zuläßt.

1) Bach, Sozialversicherung 1950, 226.

2) Dietz, NJW 1952, 589; Friedrichs, VersR 1950, 141.

3) Friedrich, aaO.; Taube, VersR 1953, 92; Harms, JZ 1958, 157; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642.

4) Vgl. hierzu Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 371 f. Anm. 81 u. 83.

6. Die Argumentation aus der Interessenlage, der Zumutbarkeit, der Billigkeit und dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB

Sehr häufig will man einen Schaden des Arbeitnehmers damit begründen, daß man aus der Interessenlage ¹⁾, der Billigkeit ²⁾ und dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB ³⁾ folgert, auf den Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers seien solche Leistungen Dritter nicht anzurechnen, die ihrer Natur nach dem Schädiger nicht zugute kommen sollten; vielfach wird auch gesagt, die Lohnfortzahlung gehe aus den vorgenannten Gründen den Schädiger "nichts an" ⁴⁾. In diesen Zusammenhang gehören auch die Ausführungen des Bundesgerichtshofs, bei adäquat verursachten Zuwendungen Dritter müsse vor einer Vorteilsausgleichung die gesamte Interessenlage mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht geprüft werden, weil der Schädiger nicht unbillig begünstigt werden dürfe ⁵⁾. Ebenso paßt hierher das Argument, der Fürsorgecharakter der Lohnfortzahlung verbiete es, den Schädiger von der Schadensersatzpflicht zu befreien, auch wenn der Be-

-
- 1) Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1243; dies., Übergang von Schadensersatzansprüchen, NJW 1956, 1464; RGRK-Kreft, § 843 Anm. 11.
 - 2) RGRK-Nastelski vor § 249 Anm. 80; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 48; Herbst, RdA 1952, 299; Harms, JZ 1958, 157.
 - 3) RGRK-Nastelski vor § 249 Anm. 88; RGRK-Kreft, § 843 Anm. 9 und 11; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 59; Herbst, RdA 1952, 300; Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1243; Harms, JZ 1958, 157; Blomeyer, S. 179; BGHZ 13, 360 (364).
 - 4) RGRK-Denecke, § 616 Anm. 7; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 48; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341 Anm. 84; Nipperdey, ZAkDR 1938, 263; Reinicke, Frage des Übergangs, NJW 1953, 1243.
 - 5) BGHZ 10, 107 (108).

troffene wirtschaftlich keinen Schaden erlitten habe ¹⁾.

Die Interessenlage und die Billigkeit liefern aber keine ausreichenden Abgrenzungskriterien für die Entscheidung, wann schadensmindernde Leistungen Dritter zugunsten des Schädigers auf den Schadensersatzanspruch des Verletzten anzurechnen sind und wann nicht, da sie schon vom Begriff her dehnbar sind ²⁾. Sie können höchstens herangezogen werden, um ein im Wege dogmatisch einwandfreier Schadensberechnung gewonnenes Ergebnis auf seine Übereinstimmung mit der Gerechtigkeit und dem Rechtsgefühl zu überprüfen. Eine dogmatisch einwandfreie Schadensberechnung muß aber von dem Grundsatz des § 249 Satz 1 BGB ausgehen, der nun einmal einen Vergleich der Vermögenslagen des Verletzten vor und nach der Verletzungshandlung fordert. Wollte man die Entscheidung allein auf die Interessenlage und die Billigkeit stützen, so würde das im Ergebnis dazu führen, daß der Richter den Einzelfall frei würdigen könnte, ohne an die aus dem Gesetz ersichtlichen Grundsätze der Schadensberechnung gebunden zu sein ³⁾. In diesem Zusammenhang ist noch besonders zu berücksichtigen, daß dem Richter schon durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) und der freien Schadensschätzung (§ 287 ZPO) ein weiter Beurteilungsspielraum zugebilligt wird. Wollte man zusätzlich noch von den im Gesetz niedergelegten Grundsätzen der Schadensberechnung abgehen und ausschließlich auf Billigkeitserwägungen abstellen, so würde das im Ergebnis zu einer völligen Bindungslosigkeit des Richters führen, die schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht verantwortet werden könnte.

1) BGHZ 21, 112 ff.

2) Protz, JZ 1964, 667.

3) Thiele, AcP 167, 195.

Die Ablehnung einer Anrechnung des weitergezahlten Lohns auf den Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers läßt sich auch nicht allein mit Hilfe des Rechtsgedankens des § 843 Abs. 4 BGB motivieren. Denn gegen eine Analogie zu dieser Vorschrift ist einzuwenden, daß sie auf die Bedürftigkeit des Verletzten und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen abstellt, also spezifisch familienrechtlicher Natur ist und den Unterhaltspflichtigen deshalb nur subsidiär heranziehen will; das kann aber für § 616 BGB wegen des der Lohnfortzahlung auch zugrundeliegenden Entgeltgedankens nicht zutreffen ¹⁾. Immerhin gibt die Vorschrift aber einen Fingerzeig, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der vom Verletzer angerichtete Schaden, welcher durch die Zuwendung eines Dritten an sich wieder beseitigt worden ist, gegenüber dem Schädiger als fortbestehend behandelt werden soll, diese Zuwendung also dem Verletzer nicht zugute kommen darf. Diese Entscheidung des Gesetzgebers muß daher als Wertungsgesichtspunkt auch bei der Frage berücksichtigt werden, ob der weitergezahlte Lohn bei der Berechnung des Arbeitnehmerschadens angerechnet werden soll oder nicht.

Es wurde bereits oben ²⁾ festgestellt, daß die Adäquanz als Maßstab, der über die Anrechnung bzw. Nichtanrechnung schadensmindernder Leistungen Dritter befinden kann, ungeeignet ist. Sie kann somit auch nicht, wie der Bundesgerichtshof will ³⁾, neben der Interessenlage und dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht zur Voraussetzung jeder Vorteilsausgleichung erhoben werden.

1) Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 684.

2) Vgl. oben S. 60 f.

3) BGHZ 10, 107 (108).

Auch der Fürsorgezweck der Lohnfortzahlung kann für sich genommen die Ablehnung einer Vorteilsausgleichung nicht begründen, da der Fürsorgecharakter zwar den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet, aber allein gesehen noch nichts über die Bewertung des Schadensersatzanspruchs des Arbeitnehmers gegen seinen Schädiger aussagt. Wenn der Schaden des Arbeitnehmers berechnet werden soll, kann der Zweck der Leistung eines Dritten oder das ihr zugrunde liegende Motiv nicht ohne weiteres dazu führen, daß diese schadenmindernde Leistung bei der Schadensberechnung außer Betracht bleibt ¹⁾. Zunächst müßte nämlich dargetan werden, daß eine Ausnahme vom Prinzip der Differenztheorie, also von einem Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage des Verletzten vor der Verletzungshandlung mit der danach, überhaupt gerechtfertigt werden kann.

Ebenso kann auch das Argument, der Schädiger dürfe aus der Lohnfortzahlung keinen Vorteil ziehen ²⁾, nicht zur Ablehnung einer Vorteilsausgleichung benutzt werden. Da es sich bei der Feststellung eines Schadens des Arbeitnehmers um eine Frage der Schadensberechnung handelt, ist die Erwägung, der Schädiger müsse für die Verletzungshandlung durch die Schadensersatzpflicht bestraft werden, sachfremd; das Schadensersatzrecht hat mit Gedanken der Sühne und der Bestrafung nichts zu tun ³⁾.

Ebensowenig kann behauptet werden, die Lohnfortzahlung gehe wegen der Interessenlage, der Billigkeit und des Rechtsgedankens des § 843 Abs. 4 BGB den Schädiger

1) So aber BGHZ 21, 112 (114 ff.).

2) BGHZ 10, 107 (108).

3) Taube, NJW 1954, 882; Werner, NJW 1955, 771-772; Staudinger-Werner vor § 249 Anm. 108; Thiele, AcP 167, 197.

"nichts an" ¹⁾. Soweit diese Formulierung als Ablehnung einer Vorteilsausgleichung verstanden werden soll, greifen die oben ²⁾ genannten Bedenken gegen die Dehnbarkeit dieser Abgrenzungskriterien durch. Soweit damit aber die Begründung eines nur dem Schädiger gegenüber eingetretenen Arbeitnehmerschadens versucht werden soll, kann auf die ebenfalls schon oben ³⁾ getroffene Feststellung verwiesen werden, daß der Begriff eines relativen Schadens, der nur gegenüber dem Schädiger und nicht absolut eingetreten sein soll, im Schadensersatzrecht nicht zu finden ist.

Es fällt auf, daß diese verschiedenen Argumente, teils vereinzelt, teils aber auch zusammengefaßt, bei einigen Autoren neben den Konstruktionen einer relativen Abdingbarkeit ⁴⁾ und der Fiktion eines Arbeitnehmerschadens erscheinen ⁵⁾. Diese Argumentation ist aber schon in sich widerspruchsvoll. Bei der relativen Abdingbarkeit wird ein Schaden des Arbeitnehmers damit begründet, daß die Lohnfortzahlung nur intern zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nicht aber auch extern dem Schädiger gegenüber einzukalkulieren ist. Denn kann man jedoch nicht andererseits im Wege der Ablehnung einer Vorteilsausgleichung zwischen Arbeitnehmer und Schädiger die Zahlung des Arbeitgebers zunächst auch extern berücksichtigen, sie dann aber bei der Schadensberechnung nicht mit einbeziehen, weil dem angeblich die Re-

1) Vgl. oben S. 79 Anm. 4.

2) Vgl. oben S. 80.

3) Vgl. oben S. 66 ff.

4) Reinicke, NJW 1953, 1243; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 59; RGRK-Kreft, § 843 Anm. 9.

5) Nipperdey, ZAKDR 1938, 263; Harms, JZ 1958, 157 u. 158.

geln der Vorteilsausgleichung widersprechen. Entsprechendes gilt auch im Verhältnis einer Fiktion des Arbeitnehmerschadens zur Ablehnung einer Vorteilsausgleichung. Hinzu kommt, daß sowohl die Konstruktion einer relativen Abdingbarkeit, als auch die einer Schadensfiktion für sich allein gesehen schon unhaltbar ist ¹⁾.

Die Versuche, einen Schaden des Arbeitnehmers mit Hilfe der Interessenlage, der Billigkeit und gleichlautenden Argumenten zu motivieren, stehen demnach im Widerspruch zum Prinzip der Differenzierung, da sie nicht die Vermögenslagen des Verletzten vor und nach der Verletzungshandlung vergleichen, sondern nur einen einzelnen Posten bei der Schadensberechnung ausklammern. Sie widerlegen auch nicht die bisher herrschende Ansicht über den Vorteilsausgleich und ersetzen sie außerdem durch keine neue und haltbare Auffassung. Die Argumentation wird zudem nicht dadurch überzeugender, daß man mehrere der schon für sich allein unhaltbaren Thesen zur Begründung eines Schadens des Arbeitnehmers zusammenfaßt. Die Hinweise auf den Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB und den Zweck der Lohnfortzahlung enthalten zwar brauchbare Ansatzpunkte, führen aber, für sich allein genommen, nicht weiter, da zur Anwendung dieser Gedanken eine gewandelte Auffassung vom Vermögensschaden und von der Vorteilsausgleichung erforderlich wäre. Daran fehlt es zur Zeit noch.

7. Die Notwendigkeit einer Überprüfung der Differenztheorie und der Lehre Oertmanns

Alle bisher unternommenen Versuche, einen Schaden des Arbeitnehmers zu begründen, scheitern demnach an

1) Vgl. oben S.66 ff. u. 69 ff.

rechtsdogmatischen Erwägungen. Diejenigen, die im Ergebnis einen Schaden des Arbeitnehmers anerkennen wollen, argumentieren meist nur vom Ergebnis her und begründen dieses dann mit Billigkeitserwägungen. Sie verzichten dabei entweder ganz auf eine Auseinandersetzung mit der Lehre Oertmanns oder sie übernehmen sie ungeprüft und versuchen lediglich, sie mit rechtlich untauglichen Mitteln zu umgehen (Sieg, § 12 Abs. 3 TOA). Dabei wäre doch schon das Ergebnis, daß der von vornherein verhinderte Schaden anders als der nachträglich beseitigte behandelt werden soll, Anlaß, sich kritisch mit der Lehre Oertmanns auseinanderzusetzen ¹⁾. Außerdem sollte eine Überprüfung der Differenztheorie in ihrer jetzigen Fassung auch dadurch veranlaßt werden, daß bei strenger Anwendung des Differenzgrundsatzes ein Schaden des Arbeitnehmers gar nicht erst entsteht, obwohl durch § 843 Abs. 4 BGB ein vergleichbarer Fall vom Gesetzgeber entgegengesetzt entschieden worden ist ²⁾.

IV. Die Begründung eines Schadens des Arbeitnehmers mit Hilfe des normativen Schadensbegriffs.

1. Kritik an der Differenztheorie

- a) Die Differenztheorie wird in ihrer von der herrschenden Lehre heute noch verwandten Fassung ³⁾ seit längerer Zeit kritisiert. Bereits 1931 hat Neuner in seinem Aufsatz "Interesse und Vermögensschaden" ⁴⁾

1) Vgl. oben S. 59 ff.

2) Vgl. oben S. 82 f.

3) Vgl. z.B. Enneccerus-Lehmann, S. 58; Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 6; Staudinger-Werner, Anm. 9 vor § 249.

4) Neuner, AcP 133, 277 ff.

behauptet, diese Formel sei nicht auf jede Fallgestaltung anwendbar. Er geht dabei von einer Entscheidung des Reichsgerichts ¹⁾ aus, die besagt, der Patentinhaber könne auch ohne einen Schadensnachweis entsprechend der Differenzmethode vom Patentverletzer Schadensersatz in Höhe der Lizenzgebühr verlangen. Auch in § 840 BGB werde beispielsweise das Bestehen einer Schadensersatzforderung gegen einen anderen Schuldner nicht schadensmindernd berücksichtigt, obwohl bei strenger Anwendung der Differenztheorie Forderungen gegen Dritte in die Schadensberechnung integriert werden müßten ²⁾. Das Gesetz selbst mache zudem von dem Grundsatz, daß die Schadensersatzforderung nur zur Deckung des Interesses des unmittelbar Verletzten dienen solle, Ausnahmen, indem es im Falle des Versendungskaufs und in anderen Fällen eines transitischen Interesses sowie bei den §§ 255 und 281 BGB einem nur mittelbar Geschädigten einen Schadensersatzanspruch in Höhe des Sachwerts zuspreche, obwohl der unmittelbar Verletzte keinen Schaden erlitten habe, lege man die Differenztheorie zugrunde ³⁾.

Neuner folgert daraus, daß das Interesse des unmittelbar Verletzten für die Bemessung des Schadens nicht maßgebend sein könne ⁴⁾. Er will deshalb das Interesse nicht subjektiv aus der Sicht des Verletzten, sondern objektiv bewerten ⁵⁾. Der Schadensersatzanspruch soll sich danach bei einem deliktischen Anspruch wegen der Verletzung eines absolu-

1) RGZ 84, 370 (376); Neuner, aaO., 283.

2) Neuner, aaO., 279-280.

3) aaO., 280-282.

4) aaO., 282.

5) aaO., 290.

ten Rechts zunächst auf den Ersatz des objektiven Werts des verletzten Rechtsguts, gewöhnlich also auf den Marktwert, beziehen; lediglich der weitergehende Schaden - insbesondere der indirekte und der Vermögensschaden - sollen nach Neuners Ansicht wie bisher mit Hilfe der Differenztheorie und subjektiv aus der Sicht des Verletzten errechnet werden ¹⁾.

Die Anwendung der Lehre Neuners auf den Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung würde bedeuten, daß ein Schaden des Arbeitnehmers aus Verdienstausfall verneint werden müßte, da ihm wegen der Lohnfortzahlung ein Vermögensschaden, der ja subjektiv aus seiner Sicht zu errechnen wäre, nicht entstehen könnte, legte man die Differenztheorie zugrunde ²⁾.

Eine praktikable Lösung, die die bisherige Ansicht zur Differenztheorie ersetzen könnte, bietet aber auch Neuner nicht. Zwar kann man ihm darin zustimmen, daß eine schematische Anwendung der Differenztheorie in vielen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen muß. Die schematische Unterscheidung zwischen "Ist-Vermögen" und "Würde-sein-Vermögen" ³⁾ nötigt häufig zu einer Objektivierung des Schadens, um dem nur mittelbar betroffenen Dritten durch die Vermittlung des unmittelbar Verletzten trotz dessen fehlenden Interesses wenigstens den Wert des verletzten Rechtsguts selbst zukommen zu lassen. Neuners Lehre ist jedoch nicht mit dem Wortlaut des § 249 BGB zu vereinbaren. Das Gesetz

1) aaO., 305-307, 313.

2) So wohl auch Neuner, aaO., 313.

3) Sieg, JZ 1954, 339.

geht von einem subjektiv an die Person des Verletzten gebundenen Vermögensschaden und nicht von einem objektiven Wertersatzanspruch und einem darüber hinausgehenden Vermögensinteresse aus, das subjektiv gebunden ist ¹⁾. Eine derartige Unterscheidung ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Auch die von Neuner angeführten Regelungen in den §§ 255, 281 und 840 BGB sowie die gewohnheitsrechtliche Regelung bei einigen Fällen des transitorischen Interesses können die subjektive Bindung des Schadens an die Person des unmittelbar Verletzten nicht widerlegen, da sie entweder einen bereits bestehenden Schadensersatzanspruch auf eine nur mittelbar betroffene Person überleiten oder, wie im Falle des § 840 BGB, mehrere Ansprüche zusammenfassen und nicht die Entstehung eines Schadens beim Verletzten konstatieren ²⁾. Neuners Lösung kann außerdem dann zu unbilligen Ergebnissen führen, wenn der objektiv Geschädigte kein subjektives Interesse an der Ersatzleistung hat ³⁾.

Neuners Lösung bewirkt demnach eine Aufspaltung des Schadensbegriffs ⁴⁾ und ist unnütz für den Versuch, den im Zweck der Lohnfortzahlung und im Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB erscheinenden Wertungen zu folgen und zu einer Modifizierung der Differenztheorie zu kommen ⁵⁾.

- b) Auch im Rahmen der Lehre Reinhardts ⁶⁾ zum Drittschaden finden sich Ansätze zu einer Modifizierung

1) Reinhardt, Drittschaden, S. 41.

2) Vgl. oben S. 69 ff.

3) Tägert, S. 9.

4) Enneccerus-Lehmann, S. 59.

5) a.A. Sieg, JZ 1954, 339.

6) Reinhardt, Drittschaden.

der traditionellen Fassung der Differenztheorie. Reinhardt wendet sich vor allem dagegen, daß nur das Interesse des Gläubigers selbst und nicht auch das eines mitbetroffenen Dritten ersetzt werden soll, weil eine solche Einschränkung aus dem Wortlaut des Gesetzes, das in den §§ 280, 283 und 283 BGB von dem "daraus entstandenen Schaden" spreche, nicht zu entnehmen sei ¹⁾. Das Interesse sei zwar seiner Natur nach subjektiv; damit sei aber noch nicht evident, ob im Einzelfall der Gläubiger oder ein Dritter das Subjekt sei ²⁾. Reinhardt sieht als bestimmend für den Inhalt der Ersatzpflicht an, daß der Schuldner rechtlich zur Beschaffung oder Erhaltung eines bestimmten Guts in einer bestimmten Bereitschaftslage verpflichtet sei, die demjenigen, dessen Herrschaftsmacht dieses Gut unterworfen sein solle, eine seinen Verwendungszwecken entsprechende Herrschaftsmacht biete; da ja die Gläubigerposition im haftungsbegründenden Tatbestand keine entscheidende Rolle spiele, könne bei einer Verletzung dieser Rechtspflicht auch ein Dritter die Ersatzleistung empfangen ³⁾. Reinhardt gewinnt aus den §§ 991 Abs. 2, 843 Abs. 4, 255 BGB und in den Vorschriften über eine cessio legis der §§ 426 BGB, 67 VVG und 1542 RVO Argumente, die insoweit für eine Anerkennung des Drittschadens plädieren ⁴⁾.

Entsprechend dieser Schadensauffassung entscheidet Reinhardt den Fall, daß ein Angestellter durch eine von einem Dritten verursachte Körperverletzung arbeitsunfähig geworden ist, dahin, der Arbeitgeber, der seinem Angestellten den Lohn weiterzahle, könne

1) Reinhardt, aaO., S. 69.

2) aaO., S. 71.

3) aaO., S. 75-77, S. 81.

4) aaO., S. 131-139.

"seinen Schaden mit Rücksicht auf die nun vereitelte Verwertung der Arbeitskraft des Angestellten substantiieren"; der Arbeitgeber könne sich also auf die gleichen Verwertungschancen berufen, die der Verletzte selbst ohne das Bestehen eines Arbeitsvertrages zur Begründung eines eigenen Schadens hätte namhaft machen können ¹⁾.

Die Lehre Reinhardts bietet durch die Aufgabe des Dogmas vom Gläubigerinteresse für die Schadensermittlung einen erheblich größeren Spielraum als die Neuners, da sie auch einem nur mittelbar Verletzten, dessen "Genußmöglichkeiten" durch die Verletzung eines Gutes, hier der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers, beeinträchtigt worden sind, einen Ersatzanspruch einräumt. Außerdem vermeidet die Auffassung Reinhardts eine Aufspaltung des Schadensbegriffs wie jene Neuners ²⁾, da sie durch die Ausdehnung der Rechtspflicht, auch reine Verwertungschancen eines Rechtsguts nicht zu beeinträchtigen, eine Unterscheidung zwischen dem absoluten Recht selbst und dem weitergehenden Vermögen nicht trifft, sondern beide gleich behandelt.

Reinhardt bevorzugt jedoch damit das Interesse des Arbeitgebers allzusehr; denn der Wert der Arbeitskraft des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber übersteigt ja, wie oben dargelegt ³⁾, im allgemeinen den Betrag des weitergezahlten Lohns, weil der Arbeitgeber an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verdienen will. Daraus folgt aber bereits, daß entgegen der Ansicht Reinhardts der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer hinsichtlich der Arbeitskraft des

1) aaC., S. 85.

2) Vgl. oben S. 88.

3) Vgl. oben S. 41 f.

Arbeitnehmers nicht die gleichen Verwertungschancen haben. Nach Ansicht Reinhardts muß der Schuldner dennoch in jedem Falle das Drittinteresse in voller Höhe ersetzen, da für die Höhe des Schadens grundsätzlich die subjektiven Umstände des Ersatzberechtigten, hier also die des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, maßgebend sein sollen, sei er nun der Verletzte selbst oder ein Drittgeschädigter ¹⁾.

Die Lehre Reinhardts betont damit das Drittinteresse in einem zu großen Umfang; zudem läßt sich die Aufgabe des Dogmas vom Gläubigerinteresse ebenfalls nicht vertreten ²⁾. Tägert wendet gegen die Ansicht Reinhardts zu Recht ein, daß im Deliktsrecht für die Ersatzberechtigung die Person des Inhabers des verletzten Rechtsguts ausschlaggebend sein müsse und daß auch im Vertragsrecht nach dem Willen der Parteien in der Regel eine Haftung nur gegenüber dem Vertragspartner, dessen persönliche Verhältnisse der Schuldner bei der Übernahme der Haftung ja höchstens einkalkulieren könne, übernommen werden solle ³⁾. Das Schuldrecht geht in diesem Zusammenhang eben von einer individualistischen und nicht von einer kollektivistischen Betrachtungsweise aus und bezieht deshalb das Interesse mittelbar interessierter Dritter nicht ein ⁴⁾. Für das Deliktsrecht wird diese Bindung des Schadensersatzanspruchs an die Person des Gläubigers entgegen der Ansicht Reinhardts ⁵⁾, insbesondere auch durch die

1) aaO., S. 86-87; auch Nipperdey, ZAkDR 1938, 264 empfiehlt die Lösung Reinhardts für den über die Lohnfortzahlung hinausgehenden Schaden des Arbeitgebers.

2) Tägert, S. 33.

3) Tägert, S. 34.

4) Tägert, S. 35.

5) Reinhardt, aaO., S. 132.

Ausnahmeregeln der §§ 844, 845 BGB, akzentuiert ¹⁾. Auch die von Reinhardt angeführten Vorschriften über die cessio legis und die Berücksichtigung eines Drittinteresses in den §§ 255, 843 Abs. 4 und 991 Abs. 2 BGB können die Aufgabe des Dogmas vom Gläubigerinteresse nicht rechtfertigen ²⁾. Sie beweisen vielmehr, daß der Gesetzgeber die Berücksichtigung eines Drittinteresses und die Überleitung einer Schadensersatzforderung vom unmittelbar Verletzten auf einen nur mittelbar Betroffenen als die Ausnahme von der Regel ausdrücklich festlegen wollte. Es gibt eben im Schuldrecht keine Schadensersatz- oder Leistungspflicht ohne einen bestimmten Gläubiger ³⁾.

- c) Bereits seit längerer Zeit werden Zweifel daran angemeldet, daß die Auffassung vom Schaden als des Ergebnisses einer Rechenoperation, bei der die Vermögenslagen des Verletzten vor und nach der Verletzungshandlung unter Einbeziehung aller Vermögenswerte verglichen worden sind, sich mit dem Vorrang des Grundsatzes der Naturalherstellung vor dem des Interesseersatzes vereinbaren lasse ⁴⁾. Denn während bei der Schadensberechnung nach der Differenzmethode lediglich ein abstrakter Schaden rechnerisch festgestellt wird, postuliert das Gesetz in § 249 Satz 1 BGB die Wiederherstellung eines Zustandes. Es hat dabei also offenbar eine konkrete Schadensfeststellung im Auge, nämlich die Feststellung der "Einbuße selbst, welche das Rechtssubjekt in Gestalt der Entziehung oder Beschädigung eines Ver-

1) Vgl. oben S. 51 ff.

2) Reinhardt, aaO., S. 139.

3) Staudinger-Werner vor § 249 Anm. 88; Soergel-Siebert-Schmidt, §§ 249-253 Anm. 88.

4) Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 7; Larenz, VersR 1963, 2.

mögensbestandteils erlitten hat" ¹⁾. Diese Auffassung von der Naturalherstellung erfordert demnach nicht wie die Differenzhypothese den Umweg über eine Wertberechnung und den Vergleich der hypothetischen Vermögenslage ohne die Verletzungshandlung mit der tatsächlichen Vermögenslage; sie zielt vielmehr auf die Herstellung eines tatsächlichen Zustands und nicht auf den Ausgleich einer Vermögensdifferenz ab. Diese beiden Schadensauffassungen jedenfalls sind nur schwer miteinander zu vereinbaren. Offenbar geht das Gesetz nicht in erster Linie von einem Schadensbegriff aus, der den Schaden nur als rechnerische Größe auffaßt ²⁾.

Die Feststellung, daß der Schaden nicht unbedingt eine rein rechnerische Größe sein müsse, verstärkt die Zweifel an der Richtigkeit der Meinung jener, die einen Schaden des Arbeitnehmers deshalb nicht akzeptieren wollen, weil dieser wegen der Lohnfortzahlung rein rechnerisch keine Einbuße erleide ³⁾. Ein Schaden des Arbeitnehmers an seinem Einkommen ist zwar auch bei einer konkreten Schadensberechnungsweise nicht zu erkennen, da ja rein tatsächlich durch die Verletzung nur seine Arbeitskraft beeinträchtigt worden ist; dieser Schaden steht hier aber nicht zur Diskussion. Wenn jedoch neben dem rein rechnerischen Vorgehen bei der Schadensberechnung auch noch andere Berechnungsmöglichkeiten vertretbar sind, dann könnten sich doch unter Umständen auch jene Faktoren, die gegen eine Berücksichtigung der Lohnfortzahlung bei der Schadensberechnung sprechen - wie etwa der Zweck der Lohn-

1) Oertmann, aaO., S. 6.

2) Oertmann, aaO., S. 7; Larenz, aaO.

3) Vgl. oben, S. 54 ff.

fortzahlung und der Rechtsgedanke des § 843 Abs. 4 BGB -, bei dieser Schadensberechnung auswirken.

- d) Die Auffassung, der Vermögensschaden sei das rein rechnerische Ergebnis eines Vergleichs zweier Vermögenslagen, wird schließlich auch deshalb angezweifelt, weil sie dem Prinzip der Vorteilsausgleichung widerspricht. Es können dann nämlich bei einem Ersatzanspruch, der eine Naturalherstellung intendiert, gar keine Erwägungen über eine Vorteilsausgleichung angestellt werden, weil, wenn etwa eine beschädigte Sache durch die Lieferung einer neuen zu ersetzen ist, der noch brauchbare Rest nicht als Rechnungsposten von dem Wert der neu gelieferten Sache abgezogen werden kann, da ja bei der Naturalherstellung gerade keine Wertberechnung zum Zwecke der Saldierung erfolgt. In Wirklichkeit geht man aber konform, daß der Schadensersatzgläubiger den noch brauchbaren Rest an den Schuldner herauszugeben hat ¹⁾. Schließlich müßten dann auch bei der Berechnung eines Vermögensschadens alle Vorteile, die der Verletzte aufgrund der Verletzungshandlung erlitten hat, zu seinem Vermögen nach der Verletzungshandlung addiert werden, bei der Berechnung seines hypothetischen Vermögens ohne die Verletzungshandlung aber außer Betracht bleiben, so daß sich der Ersatzanspruch des Verletzten stets um alle durch die Verletzungshandlung verursachten Vorteile verringern müßte. Die Ablehnung einer Vorteilsanrechnung käme entgegen der herrschenden Lehre niemals in Betracht ²⁾. Daß man dennoch Ausnahmen von dem strengen Prinzip der Saldierung zuläßt,

1) Larenz, aaO., verweist insoweit auf Oertmann, aaO., S. 7.

2) Larenz, aaO., 2-3.

beweist, daß eine konsequente Durchführung der Differenztheorie vom Ergebnis her nicht möglich ist.

- e) Die in den vorstehenden Abschnitten behandelten Versuche einer Neufassung des Schadensbegriffs und die Hinweise auf den Widerspruch der Differenztheorie zu den Grundsätzen der Naturalrestitution und des Vorteilsausgleichs zeigen, daß eine rein rechnerische Auffassung vom Vermögensschaden nicht die einzige Lösungsmöglichkeit für die Frage nach einem Schaden des Arbeitnehmers zu bieten braucht. Zwar geben weder der objektive Schadensbegriff Neuners noch die Aufgabe des Dogmas vom Gläubigerinteresse bei Reinhardt probate Ansatzpunkte zu einer Neufassung der Differenztheorie. Der Widerspruch jedoch zwischen dem Vorrang der Naturalherstellung und dem Prinzip der Vorteilsausgleichung einerseits und der Differenztheorie andererseits deutet darauf hin, daß neben dem rechnerischen Vergleich des Vermögens des Verletzten vor und nach der Verletzungshandlung noch andere Gesichtspunkte bei der Berechnung des Arbeitnehmerschadens von Belang sein können. So empfehlen die Regelungen des Gesetzgebers bei der *cessio legis* ¹⁾, der Rechtsgedanke des § 843 Abs. 4 BGB ²⁾, der Zweck der Lohnfortzahlung ³⁾ und ein Teil der übrigen Argumente, die bisher zur Begründung einer Nichtberücksichtigung der Lohnfortzahlung bei der Schadensberechnung angeführt worden sind ⁴⁾ zu untersuchen, ob nicht die in diesen Regelungen und Argumenten enthaltenen rechtlichen Wertungen bei der Schadensberechnung bedacht wer-

1) Vgl. oben, S. 69 ff.

2) Vgl. oben, S. 82 f.

3) Vgl. oben, S. 82.

4) Vgl. oben, S. 79 ff.; hier wird man unter Umständen auch die Billigkeit und die Interessenlage ergänzend heranziehen können.

den können.

2. Die Versuche der rechtlichen Wertung im Rahmen der Schadensberechnung

- a) Einen ersten Schritt zu einer Integration einer rechtlichen Wertung in die Berechnung des Arbeitnehmerschadens unternimmt Harms ¹⁾, dem sich Larenz angeschlossen hat ²⁾. Harms meint, der Arbeitnehmer habe zwar wirtschaftlich keinen Schaden, wohl aber rechtlich den Schaden erlitten, nicht mehr weiterarbeiten zu können. Auch der Arbeitgeber, der ja nicht zur Erfüllung einer Schuld des Schädigers zahle, übernehme den Schaden nur wirtschaftlich; rechtlich bleibe der Arbeitnehmer geschädigt, da die Lohnfortzahlung entgegen dem Wortlaut des § 616 BGB als rechtliche Folge der Erwerbsunfähigkeit und nicht als Vorteil aus der Schädigungshandlung resultiere; die Lohnfortzahlung beeinflusse den Schaden daher nicht rechtlich, sondern nur wirtschaftlich ³⁾.

Dieser Versuch, einen Schaden auf rein rechtlichem Wege zu begründen, überschreitet jedoch die Grenzen einer Rechtsfortbildung. Ein vollständiger Verzicht auf eine wirtschaftliche oder naturalistische Betrachtungsweise bei der Schadensberechnung widerspricht den §§ 249 ff. BGB. Denn der rechtliche Schaden, nicht mehr arbeiten zu können, kann doch nur darin liegen, daß der Arbeitnehmer während der Dauer seiner Verletzung nicht im Betrieb tätig werden kann; über seine Vermögenslage, die infolge der

1) Harms, JZ 1958, 158.

2) Larenz, Schuldrecht I, S. 163 Anm. 4.

3) Harms, aaO.

Verletzung eingetreten ist, schweigt sich diese Argumentation aus. Der Schaden, nicht mehr arbeiten zu können, ist aber, wenn man die Arbeitsfreudigkeit des Verletzten unterstellt, ein spezifisch immaterieller Schaden, der nach § 253 BGB nicht ersatzfähig ist. Auch die Argumentation, die Lohnfortzahlung sei eine rechtliche Folge der Erwerbsunfähigkeit und kein durch die Schädigungshandlung entstandener Vorteil, macht die Entstehung eines Arbeitnehmerschadens nicht einleuchtend. Bereits oben wurde festgestellt ¹⁾, daß die Lohnfortzahlung nicht durch die Verletzungshandlung verursacht wird, daß aber Kausalitätserwägungen bei der Schadensberechnung insoweit sachfremd sind.

Daraus folgt, daß die Einbeziehung rechtlicher Erwägungen in die Schadensberechnung nicht dazu führen darf, daß gegen den Wortlaut des Gesetzes auch immaterielle Schäden erstattet werden sollen. Das Abgehen von einer rein rechnerischen Schadensfeststellung darf außerdem nicht bewirken, daß man vollkommen auf einen Vergleich der Vermögenslagen vor und nach der Verletzungshandlung verzichtet, da ein solcher Vergleich dem § 249 BGB als Prinzip zugrundeliegt, auch wenn dieses Prinzip ggfs. modifiziert werden könnte.

- b) Eine Weiterentwicklung des Schadensersatzrechts im Wege einer normativen Betrachtungsweise bei der Schadensberechnung bietet aber die Lehre Cantzlers zum Vorteilsausgleich ²⁾. Es ist bereits oben ³⁾ unter Berufung auf Cantzler dargelegt worden, daß

1) Vgl. oben, S. 59 ff.

2) Cantzler, AcP 156, 29 ff.

3) Vgl. oben, S. 59 ff.

die Adäquanz als Maßstab dafür, welche Vorteile bei der Berechnung des Arbeitnehmerschadens angerechnet werden müssen, ungeeignet ist.

Cantzler verlangt nun, daß der anzurechnende Vorteil zumindest äquivalent durch die Verletzungshandlung hervorgerufen worden ist, daß also die Verletzungshandlung nicht hinweggedacht werden könnte, ohne daß nicht auch gleichzeitig der Vorteil entfiere ¹⁾. Ein solcher Vorteil soll dann anzurechnen sein, wenn er eine Förderung des verletzten Rechtsgutes oder der verletzten Vertragspflicht enthält. Dagegen sollen Vorteile dann nicht ausgeglichen werden, wenn sie auf einer Ersatzmaßnahme des Geschädigten selbst oder eines Dritten beruhen, deren Zweck allein ist, dem Geschädigten zu nützen ²⁾. Cantzler motiviert diese Abgrenzung damit, daß die der Ersatzpflicht zugrunde liegende Norm verlange, daß der Schaden auch vom Schädiger getragen werde, weshalb Ersatzmaßnahmen Dritter oder des Geschädigten selbst ihn nicht über einen Vorteilsausgleich von seiner Ersatzpflicht befreien dürften ³⁾. Das Prinzip, daß der Schadensersatz wegen einer Rechtsverletzung, der Vorteilsausgleich aber wegen einer mit der Verletzungshandlung gleichzeitig erfolgten Förderung des verletzten Rechtsguts zu geschehen habe, entnimmt Cantzler demselben Gedanken, der auch bei der Haftungsbegrenzung entsprechend dem Schutzzweck der verletzten Norm - etwa im Falle des § 823 Abs. 2 BGB - verwandt wird ⁴⁾. Im Sinne dieser Auffassung zum Vorteilsausgleich verwirft Cantzler eine An-

1) aaO., S. 42.

2) aaO., S. 59.

3) aaO., S. 58.

4) aaO., S. 52-53.

rechnung der Lohnfortzahlung auf den Schadensersatzanspruch des verletzten Arbeitnehmers ¹⁾.

Dieser Gedankengang Cantzlers klingt zunächst überzeugend. Insbesondere liegt es nahe, bei der Schadensberechnung den Sinn und Zweck einer Norm nicht nur zur Begründung einer Haftungsbeschränkung entsprechend ihrem Schutzzweck, sondern auch zur Haftungserweiterung zu berücksichtigen, wenn sich aus einer Wertung dieser Norm ergibt, daß sie nur dem Verletzten und nicht auch dem Schädiger eine Leistung zubilligen will. Zweifelhaft erscheint hingegen, ob eine derartige Haftungserweiterung aus der Schutznorm selbst, die ja, wie beispielsweise § 823 Abs. 2 BGB, über die Behandlung und den Zweck schadenmindernder Leistungen Dritter nichts aussagt, oder aber aus derjenigen Norm, welche diese schadenmindernde Leistung anordnet, zu entnehmen ist. Gleichwohl ist es in jedem Falle angebracht, diesen Gedanken Cantzlers für die Frage nach der Einbeziehung rechtlicher Wertungen in die Schadensberechnung festzuhalten und ihn an geeigneter Stelle auf seine Brauchbarkeit hin näher zu untersuchen.

Allerdings vermißt man auch bei Cantzler eine Einordnung seiner Thesen in die Differenztheorie oder eine Widerlegung bzw. Modifizierung dieser Theorie. Denn sein Vorgehen, zu Lasten des Schädigers einzelne schadenmindernde Posten auszuklammern, verstößt ja gegen das Prinzip eines rein rechnerischen Vergleichs zweier Vermögenslagen. Da dieses Prinzip aber den §§ 249 ff. BGB zugrunde zu liegen scheint, müßte eigentlich vor der Ablehnung einer Vorteilsausgleichung, weil das verletzte Rechtsgut durch die Verletzungshandlung nicht gefördert wurde, nach-

1) aaO., S. 59 Anm. 10.

gewiesen werden, daß die Differenztheorie überhaupt das Aussparen einzelner Positionen aus der Differenzrechnung gestattet. Dieser Nachweis fehlt bei Cantzler; er tut gewissermaßen den zweiten Schritt vor dem ersten.

Bedenklich ist auch, daß nach Cantzler der anzurechnende Vorteil durch die Verletzungshandlung zumindest äquivalent verursacht worden sein muß ¹⁾. Denn es wurde ja bereits oben ²⁾ dargelegt, daß die Verletzungshandlung für die Lohnfortzahlung überhaupt nicht kausal wird, weil der Arbeitnehmer nach dem Wortlaut des § 616 BGB "seines Anspruchs auf die Vergütung nicht verlustig geht", wenn er erkrankt, die Lohnfortzahlung also unabhängig von der Erkrankung weiterläuft. Andererseits ist aber auch kein Grund ersichtlich, der die Berücksichtigung von Kausalitätserwägungen bei der Entscheidung der Frage erzwingt ob ein Schadensposten in die Differenzhypothese eingestellt werden soll oder nicht ³⁾.

3. Der normative Schadensbegriff

- a) Eine völlige Abkehr von dem Grundsatz der Berechnung des Schadens in der Person des Verletzten enthält der von Selb entwickelte Gedanke eines "Sozialschadens" ⁴⁾. Selb sieht den Verletzten als integriertes Glied der Gesellschaft dem ein Vermögensschaden durch die Verletzungshandlung dann nicht mehr erwachsen könne, wenn er gegen alle Wechselfälle des Lebens durch soziale Versorgung

1) aaO., S. 42.

2) Vgl. oben, S. 57 f.

3) Vgl. oben, S. 60 f.

4) Selb, Schadensbegriff, S. 49 ff.

gesichert sei. Diese soziale Sicherung führt nach Ansicht Selbs dazu, daß sich die Verletzung nicht mehr beim Verletzten selbst, sondern erst beim Träger der Soziallast, im Falle der Verletzung eines Arbeitnehmers also beim Arbeitgeber, auswirke. Dem Schädiger dürfe man aber nicht deshalb, weil er in einem totalen Versorgungsstaat lebe, einen Freibrief für schädigende Handlungen ausstellen ¹⁾. Daher müsse man den herkömmlichen Schadensbegriff ebenso aufgeben wie den Grundsatz, daß ein Drittschaden nicht ersetzt werden dürfe. Der Schädiger müsse am Ausgleich innerhalb der Gruppe, auf die der Schaden verlagert worden sei, beteiligt werden, auch wenn im Vermögen des Verletzten trotz der Verletzungshandlung keine Differenz aufgetreten sei. Ein naturalistischer, nur auf die Person des Verletzten zugeschnittener Schadensbegriff sei beim Bestehen mehrerer Deckungspflichten für einen Schaden unhaltbar. Alle Versuche, mit Hilfe der Lehre von der Vorteilsausgleichung oder der Drittschadensliquidation dem Schädiger die Berufung auf die soziale Umlage zu versagen, argumentierten ebenfalls - in Abweichung von der tatsächlichen Lage - normativ ²⁾.

Diese Schadensauffassung Selbs könnte vielleicht in Zukunft einmal Bedeutung gewinnen. Im geltenden Schadensersatzrecht findet sie jedoch keine Stütze. Dem "Sozialschaden" Selbs widerspricht der Grundsatz des Deliktsrechts, daß der Schadensersatzanspruch individuell an die Person des unmittelbar Verletzten und nicht kollektivistisch an das Interesse mittelbar betroffener Dritter, seien diese nun Träger der Soziallast oder die Allgemeinheit, gebunden ist ³⁾. Die Aufgabe des Dogmas vom Gläubi-

1) Selb, aaO., S. 49-50.

2) Selb, aaO., S. 50-51.

3) Vgl. oben, zur Lehre Reinhardts, S. 88 ff.

gerinteresse würde zu einer Ausuferung der Schadensersatzpflicht des Schädigers führen, da dann auch nur sehr entfernt betroffene Personen Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend machen könnten. Die Adäquanz, deren Eignung als Maßstab für die Haftungsbegrenzung wegen ihrer Weite neuerdings ohnehin schon angezweifelt wird ¹⁾, würde dann sehr weitgehende, für den Schädiger im Zeitpunkt der Verletzungshandlung unabsehbare Schadensfolgen in die Ersatzpflicht einbeziehen. Der Schädiger müßte dann beispielsweise im Falle der Verletzung eines Arbeitnehmers auch alle die Schäden ersetzen, welche der Arbeitsausfall für den Betrieb des Arbeitgebers mit sich gebracht hätte; damit aber wäre er ohne Zweifel überfordert ²⁾. Die Auffassung Selbs ignoriert auch den im Gesetz niedergelegten Grundsatz, wonach zumindest prinzipiell von einer Differenzierung vor und nach der Verletzungshandlung auszugehen ist. Die Lehre Selbs ist deshalb zur Rechtsfortbildung in Richtung auf eine normative Schadensberechnung ungeeignet, weil diese nur in kleinen Schritten und unter Anknüpfung an die im Gesetz niedergelegten Prinzipien erfolgen kann ³⁾.

Im übrigen trifft nicht zu, daß bereits heute - wie Selb annimmt - jedes Mitglied der Gesellschaft durch soziale Versicherung gegen alle Wechselfälle des Lebens abgesichert sei; hier mag schon der Hinweis auf die in den freien Berufen oder als selbständige Unternehmer tätigen Personen genügen ⁴⁾. Es ist also unrichtig, daß bei jeder Verletzungshandlung nicht der Verletzte selbst, sondern der Träger der Soziallast einen Vermögensschaden erleidet. Damit zwingt

1) Enneccerus-Lehmann, S. 70; Esser, Schuldrecht, S. 236 ff. u. S. 246.

2) Vgl. oben, S. 30 ff.

3) Kollhosser, AcP 166, 288.

4) Kollhosser, aaO., 288.

nichts dazu, den individuellen Schadensbegriff generell zugunsten des "Sozialschadens" zu opfern, ganz abgesehen davon, daß eine solche Schadensaufassung dem Gesetz nicht zu entnehmen ist.

- b) Rother geht zwar von ähnlichen Prämissen aus wie Selb, kommt aber zum entgegengesetzten Ergebnis ¹⁾. Nach Ansicht Rothers erfolgt der bei der Verletzung eines Arbeitnehmers notwendige Schadensausgleich des Einzelschadens durch den Arbeitgeber bzw. die Krankenkasse auf breiterer wirtschaftlicher Basis und weniger störungsanfällig, als wenn der Arbeitnehmer nur auf seinen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer angewiesen wäre, der zu seiner Sicherung nicht ausreiche. Diese Vorsorge werde jedoch unabhängig von dem konkreten Anlaß, der im Einzelfall zur Bedürftigkeit des einzelnen geführt habe, und ohne Rücksicht auf den Anlaß der Störung getroffen. Deshalb müsse man die Leistung des Arbeitgebers als endgültig ansehen und auf den Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers anrechnen ²⁾. Alle diejenigen, die eine Vorteilsausgleichung ablehnten, stützten ihre Meinung auf das dem Deliktsrecht fremde Sanktionsprinzip, wonach der Schädiger für sein Verhalten voll einstehen müsse; denn nur so könnten die verschiedenen Formulierungen von der Unzumutbarkeit der Vorteilsausgleichung, wie etwa, der Schädiger dürfe durch die Lohnfortzahlung keinen ungerechtfertigten Vorteil erhalten, verstanden werden ³⁾. Das zivile Deliktsrecht sei aber auf den Ausgleich von Schäden beschränkt, während die Verhängung von Sanktionen Aufgabe des Strafrechts sei;

1) Rother, S. 240 ff.

2) Rother, S. 242-243.

3) Rother, S. 243-244.

die Anwendung von Sühnegedanken im Zivilrecht führe zu einer unnötigen Kompetenzüberschneidung innerhalb der Rechtsordnung ¹⁾. Verfolge man aber mit der Schadensersatzpflicht keinen Sanktionszweck, so müsse eine Ersatzpflicht des Schädigers in Höhe der Drittleistung entfallen, weil kein Schaden entstanden sei. Daß so dem Schädiger die Leistung des Arbeitgebers, zu deren Erlangung er nichts beigetragen habe, zugute komme, sei unbeachtlich, da es genüge, daß sie dem verletzten Arbeitnehmer zugute komme, für den sie ja auch bestimmt sei ²⁾.

Rother kommt also zu demselben Ergebnis, das man bei strenger Anwendung der Differenztheorie erhalten würde ³⁾. Ihm ist aber entgegenzuhalten, daß daraus, daß die Lohnfortzahlung im Interesse einer Sicherung des Arbeitnehmers erfolgen soll, noch nicht geschlossen werden muß, der Arbeitgeber solle die Belastung endgültig tragen. Endgültig ist die Leistung des Arbeitgebers, wie sich aus den Regeln über die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung ergibt ⁴⁾, nur gegenüber dem Arbeitnehmer. Damit ist aber noch nicht darüber befunden, ob die Deckungspflicht des Arbeitgebers oder die des Deliktsschuldners (die Feststellung eines Arbeitnehmerschadens vorausgesetzt) intern vorrangig sein soll. Trotz der Tatsache, daß die Lohnfortzahlung unabhängig davon erfolgt, aus welchem Grunde der Arbeitnehmer erkrankt ist, kann der Anlaß der Erkrankung im Einzelfall bei der Berechnung des Arbeitnehmerschadens durchaus wertend berücksichtigt werden; ob eine solche Möglichkeit besteht, richtet sich allein danach,

1) Rother, S. 244-245.

2) Rother, S. 245-246.

3) Vgl. oben, S. 54 f.

4) Vgl. oben, S. 27 f.

ob eine derartige Wertung mit dem den §§ 249 ff. BGB zugrundeliegenden Prinzip der Differenzierung zu vereinbaren ist. Außerdem ist zu bedenken, daß der Arbeitnehmer selbst durch seine Arbeitsleistung und durch die Zahlung von Beiträgen zur Sozialversicherung dazu beiträgt, daß er im Krankheitsfalle versorgt ist. Er fängt also den Ausfall eines "Vermögensgutes", nämlich seiner Arbeitskraft, durch "Reservegüter" auf. Diese Vorsorge trifft er, um im Schadensfall von der Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit des Schädigers unabhängig zu sein, nicht aber, um den Schädiger damit zu entlasten. Dann ist die Rechtsordnung jedoch auch verpflichtet, insoweit eine "besondere Vermögenssphäre" des Verletzten anzuerkennen, die bei der Schadensberechnung zu Lasten des Schädigers unberücksichtigt bleibt ¹⁾.

Es ist außerdem verfehlt, die Ausprägung eines Sanktionsprinzips darin zu vermuten, daß eine Vorteilsausgleichung zugunsten des Schädigers verworfen wird. Zwar sind Formulierungen, die besagen, dem Schädiger solle die Leistung des Arbeitgebers nicht zugute kommen, in der Tat unglücklich, weil in ihnen, wie bereits oben ²⁾ festgestellt, ein dem Zivilrecht fremder Sühnegeranke angesprochen wird. Dieser Einwand schlägt aber dann nicht, wenn man bedenkt, daß die Lohnfortzahlung erfolgt, um dem Arbeitnehmer aus Gründen der Fürsorge zu helfen ³⁾. Auch der Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB ⁴⁾ und die Unterscheidung Cantzlers, inwieweit die Verletzungshandlung das betroffene Rechtsgut gefördert oder behindert ha-

1) Mertens, S. 190-193.

2) Vgl. oben, S. 82.

3) Vgl. oben, S. 17 ff. und Mot. II, § 562, S. 463.

4) Vgl. oben, S. 98.

be ¹⁾, haben mit einem Sühnegedanken nichts zu tun. Hier geht es nur um die Entscheidung der Frage, welche von mehreren zur Deckung desselben Schadens verpflichteten Personen diesen Schaden im Ergebnis tragen soll. Entscheidet man in dieser Frage gegen den Schädiger, so liegt darin keine zusätzliche, gewissermaßen zivilrechtliche Strafe; vielmehr ist eine Wahl zwischen zwei auf dieselbe Leistung verpflichteten Schuldern desselben Gläubigers getroffen worden. Diese Wahl kann zwar nicht ausschließlich mit dem Hinweis auf den Zweck der Lohnfortzahlung und die entsprechenden Argumente gerechtfertigt werden ²⁾. Wenn aber nachgewiesen worden ist, daß die §§ 249 ff. BGB die Ausklammerung schadensmindernder Leistungen Dritter bei der Schadensberechnung zulassen, dann kann diese Entscheidung auch derartige Erwägungen einbeziehen.

- c) Auch der Bundesgerichtshof spricht neuerdings im Zusammenhang mit der Frage, welche Höhe der von einem verletzten Arbeitnehmer an seinen Arbeitgeber abtretbare oder nach § 1542 RVO auf den Versicherungsträger übergehende Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer des Arbeitnehmers hat, von einem normativen Schaden ³⁾.

Der Bundesgerichtshof hat hier entschieden, der Arbeitnehmer habe einen Anspruch auf Ersatz des Bruttogehalts zuzüglich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung ⁴⁾. Er will bei der Berechnung der Schadenshöhe nicht von der sogenannten "modi-

1) Cantzler, AcP 156, 58-59.

2) Vgl. oben S. 79 ff.

3) BGHZ 43, 378 (381) = NJW 1965, 1430 = MDR 1965, 565 = VersR 1965, 620; BGH NJW 1965, 1592 (1593) = VersR 1965, 786.

4) BGHZ 43, 382-383.

fizierten Nettolohntheorie" ausgehen und dem Arbeitnehmer einen Anspruch nur in der Höhe zubilligen wie er ihm zustünde wenn er den Lohn nicht weiterbezüge. Denn damit werde ja die Lage, wie sie durch die normativ begründete Nichtberücksichtigung der Lohnfortzahlung entstanden sei, wieder hinwegfingiert, indem man hinsichtlich der zu erstattenden Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung auf das abstelle, was bei vorübergehender Nichtzahlung des Gehalts zur vollen Schadloshaltung genüge ¹⁾.

Die Höhe des Schadens ergibt sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs mangels einer wirtschaftlichen Einbuße des Verletzten nicht als Differenz zweier Vermögenslagen, da man nicht zunächst einen normativen Schaden anerkennen könne, um ihn dann bei der Berechnung der Schadenshöhe sofort wieder zugunsten einer fiktiven Differenzbildung fallen zu lassen. Vielmehr sei der normative Schaden nur als das vorstellbar, "was der Verletzte in seinem konkreten Arbeitsverhältnis durch die Verwertung seiner Arbeitskraft laufend erworben hat und nunmehr trotz ihres zeitweiligen Ausfalls tatsächlich nicht verliert" ²⁾. Der Boden rechnerischer Erwägungen sei mit der Anerkennung eines Arbeitnehmerschadens trotz der Lohnfortzahlung bereits verlassen worden. Die Lohnfortzahlung werde also nicht hinweggedacht, sondern bilde nach Grund und Höhe ohne rechnerische Fiktionen den realen Anknüpfungspunkt des Schadensersatzes. Deshalb habe der Schädiger das volle Bruttogehalt zu erstatten ³⁾.

Der Schädiger habe ebenfalls die Arbeitgeberanteile

1) BGHZ 43, 378 (380).

2) BGHZ 43, 378 (381).

3) BGHZ 43, 378 (381-382); ebenso BGH NJW 1965, 1592 (1593).

zur Sozialversicherung zu ersetzen, obwohl es sich hier um eine eigene Verpflichtung des Arbeitgebers handele. Diese sei ihm aber im Interesse des Arbeitnehmers auferlegt worden, weil dieser nur bei Zahlung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung Versicherungsschutz erhalte. Da der gesamte Erwerb des Arbeitnehmers den normativen Schaden ausmache, bildeten auch die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung einen Schaden des Arbeitnehmers ¹⁾.

Gegen diese normative Schadensauffassung des Bundesgerichtshofs ist jedoch einzuwenden, daß ihr kein für alle Faktoren einheitlicher Wertungsmaßstab zugrundeliegt, da der Bundesgerichtshof teils aus der Sicht des Arbeitnehmers, teils aber auch aus der Sicht des Arbeitgebers heraus argumentiert ²⁾.

Argumentiert man nämlich aus der Sicht des Arbeitgebers, dann ist zwar Ersatz in Höhe des Bruttolohns zu leisten, da diese Aufwendung zur Verhinderung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers erforderlich ist. In diesem Falle ginge es aber nicht mehr um die Berechnung des Schadens des Arbeitnehmers ³⁾. Entnimmt man andererseits den Wertungsmaßstab der Interessensphäre des Arbeitnehmers, so darf man auch nur aus ihr heraus argumentieren. Wenn also der Vorteil der Lohnfortzahlung die Ersatzpflicht des Schädigers nicht tangieren soll, so können umgekehrt auch die durch die Lohnfortzahlung ausgelösten Nachteile der daraus zu zahlenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge den Schädiger nicht belasten. Es ist vielmehr entsprechend der

1) BGHZ 43, 378 (383); anders noch BGHZ 7, 30 (53).

2) Kollhosser, AcP 166, 277 ff.

3) Kollhosser, aaO., 295.

"modifizierten Nettolohntheorie" die Vermögenslage des Arbeitnehmers ohne Verletzungshandlung fiktiv mit der Lage zu konfrontieren, die sich für den Arbeitnehmer ohne die Lohnfortzahlung ergeben hätte. Dann aber wäre ihm ein Schaden nur in Höhe des Nettolohns zuzüglich der auf die Schadensersatzsumme zu zahlenden Steuern und derjenigen Versicherungsbeiträge erwachsen, die zur Erhaltung bestehender Versicherungsanwartschaften erforderlich wären ¹⁾.

Deshalb ist auch die vorbehaltlose Einbeziehung der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung in den Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers selbst bei einem normativen Vorgehen bei der Schadensberechnung unhaltbar. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch aus eigenem Recht darauf, daß der Arbeitgeber seinen Beitragsanteil an die Versicherungsträger abführt. Berechnet man den Schaden des Arbeitnehmers, so kann dieser grundsätzlich nur den Teil des Lohns umfassen, der ihm zusteht. Jedoch kann ihm, wenn die Arbeitgeberanteile eine zeitlang nicht gezahlt werden, lediglich dann ein Nachteil entstehen, wenn er dadurch versicherungsrechtliche Anwartschaften verliert, was aber nicht bei allen Zweigen der Sozialversicherung zutreffen kann und auch bei den "anfälligen" Versicherungszweigen nur unter besonderen Umständen des Einzelfalles denkbar ist ²⁾. Spricht man dem Arbeitnehmer gleichwohl ohne Rücksicht auf den Einzelfall einen Ersatzanspruch über beide Anteile zu, so erhält er damit sehr häufig Ersatz nicht für einen eigenen Schaden, sondern für den Aufwand des Arbeitge-

1) Kollhosser, aaO. 289 f., 295.

2) Vgl. unten, S. 175 ff.

bers ¹⁾.

Jedenfalls ist festzustellen, daß die vom Bundesgerichtshof als normativer Schadensbegriff bezeichnete Auffassung diesen Namen nicht verdient. Denn ein Schadensbegriff müßte zumindest vom Prinzip her definiert werden und für alle Schadensfälle grundsätzliche Lösungskriterien bieten, jedoch nicht nur für den Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung. Es genügt also nicht, schlicht zu behaupten, die Lohnfortzahlung dürfe dem Schädiger nicht zugute kommen ²⁾. Erforderlich ist vielmehr, wie schon wiederholt gesagt, daß sich der Schadensbegriff an die im Gesetz niedergelegten Grundsätze hält und diese gegebenenfalls in einem vertretbaren Rahmen weiterentwickelt. Dazu ist aber ein Schadensbegriff, der völlig auf das dem Gesetz zugrundeliegende Prinzip der Differenzierung verzichtet, ungeeignet. Ebenso ist es mit dem Dogma vom Gläubigerinteresse unvereinbar, bei der Schadensberechnung teils aus der Sicht des Verletzten selbst, also hier des Arbeitnehmers, teils aber auch aus der eines nur mittelbar verletzten Dritten, hier also des Arbeitgebers, zu argumentieren. Kollhosser hat jedenfalls richtig geurteilt, daß eine formale Gleichsetzung des Interesses des Arbeitnehmers mit dem Drittinteresse des Arbeitgebers wegen der Besonderheiten der Lohnfortzahlungsregeln nicht möglich ist, weil die Aufwendungen des Arbeitgebers zur Verhinderung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers höher sind als dieser Erwerbsschaden selbst ³⁾. Ob man aus dieser Feststellung grundsätzliche Beden-

1) Kollhosser, aaO., 297.

2) Vgl. oben, S. 82.

3) Kollhosser, aaO., 298.

ken gegen eine Fortbildung des Schadensbegriffs herleiten kann ¹⁾, wird im Anschluß näher zu analysieren sein.

- d) Den bisher behandelten sogenannten "normativen Schadensauffassungen", ob sie nun im Ergebnis einen Schaden des Arbeitnehmers bejahen oder verneinen, steht demnach entgegen, daß sie mit dem aus den §§ 249 ff. BGB zu entnehmenden Prinzip der Differenzierung kollidieren ²⁾. Eine Schadensberechnung, die bei der Entscheidung darüber, welche Vorteile bei der Schadensberechnung zugunsten oder zu Lasten des Schädigers einbezogen bzw. nicht einbezogen werden sollten, rechtliche Wertungen berücksichtigen will, muß deshalb zunächst dieses Prinzip der Differenzierung beachten.

Hier mag zuerst die Erkenntnis weiterhelfen, daß der Schaden im Sinne des BGB keineswegs eine in sich geschlossene, rein rechnerisch zu ermittelnde Größe ist ³⁾. Die oben getroffene Feststellung der Unvereinbarkeit des Grundsatzes vom Vorrang der Naturalherstellung mit der abstrakten Berechnung des Vermögensschadens ⁴⁾ demonstriert das ebenso, wie die Unvereinbarkeit der Vorteilsausgleichung

1) aaO., 282 ff.

2) Cantzler, AcP 156, 29 ff., vgl. dazu oben, S. 97 ff.; Selb, Schadensbegriff, S. 49 ff., vgl. dazu oben, S. 100 ff.; BGHZ 43, 378 ff.; BGH NJW 1965, 1592 f., vgl. dazu oben S. 106 ff.; Rother, S. 240 ff., wendet die Differenztheorie zwar konsequent in der bisherigen Form an, geht aber ebenso wie Selb von einer mit ihr unvereinbaren kollektivistischen Betrachtungsweise aus, vgl. oben S. 103 ff.

3) Vgl. oben, S. 92 ff.; Soergel-Siebert, §§ 249-253 Anm. 1.

4) Vgl. oben, S. 92 ff.

mit der strengen Differenzierung durch den Vergleich zweier Gesamtvermögenslagen des Verletzten vor und nach der Verletzungshandlung ¹⁾. Die Versuche Reinhardts ²⁾ und Neuners ³⁾, den Schadensbegriff zu objektivieren, haben nur an der falschen Stelle angesetzt und konnten deshalb eine Auflockerung der streng schematischen Differenzierung nicht begründen.

Dennoch basieren sowohl die konkrete als auch die abstrakte Schadensberechnungsmethode auf einem gemeinsamen Prinzip. In beiden Fällen nämlich wird ein "Schadenszustand" mit einem "Idealzustand" konfrontiert. Einmal werden zwei konkrete Zustände, also das verletzte Rechtsgut mit und ohne den durch die Verletzungshandlung herbeigeführten Substanzverlust miteinander verglichen; das andere Mal zwei rechnerisch ermittelte und in Geld ausgedrückte Vermögenslagen, also das Vermögen des Verletzten mit und ohne Verletzungshandlung ⁴⁾.

Hieraus ergibt sich nun aber für den konkreten Schaden noch nicht, daß die durch die Verletzungshandlung an der einen Stelle verursachte Einbuße durch einen infolge der Verletzung an einer anderen Stelle auftretenden Vorteil in jedem Falle verschwindet. Wenn beispielsweise bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeuges durch die Erschütterung des Zusammenstoßes einerseits ein Wackelkontakt in der Lichtanlage des Wagens beseitigt wird, andererseits aber auch ein beträchtlicher Blechschaden entsteht, so wird dadurch nicht etwa der konkrete Schaden

1) Vgl. oben, S. 94 ff.

2) Vgl. oben, S. 88 ff.

3) Vgl. oben, S. 85 ff.

4) Zeuner, AcP 163, 382.

automatisch verringert, obwohl der Verletzte bei Betrachtung seiner Gesamtvermögenslage besser abschneidet, als wenn man die Schädigung isoliert betrachten wollte. Ob diese Schadensminderung mit dem Schaden auszugleichen ist, wird demnach nicht aus dem Begriff des konkreten Schadens evident, sondern muß erst durch eine zusätzliche rechtliche Wertung beurteilt werden ¹⁾.

Entspricht aber der rechnerische Schaden im Prinzip dem konkreten Schaden, so braucht man auch hier nicht zu fordern, daß der Verletzte bei der Betrachtung seiner Gesamtvermögenslage insgesamt schlechter als ohne das Schadensereignis gestellt wird. Auch hier kann zuvor noch bestimmt werden, welche Vermögensbestandteile bei der Differenzierung berücksichtigt werden sollen und welche nicht. Da das Gesetz in den §§ 249 ff. BGB hierüber nichts verlautbart, kann diese Entscheidung nur mit Hilfe einer juristischen Wertung getroffen werden ²⁾.

Damit wird die oben getroffene Feststellung bestätigt, daß der Vermögensschaden keine einheitliche, rein rechnerisch und schematisch zu ermittelnde Größe ist, die als "vor- und außerrechtlich von der Rechtsordnung zu übernehmen ist", ohne rechtlichen Erwägungen zugänglich zu sein ³⁾. Der abstrakte Schaden muß vielmehr in seine einzelnen Bestandteile aufgegliedert werden, damit dann über die Behandlung der verschiedenen Vermögensbestandteile rechtlich wertend befunden werden kann ⁴⁾. Dabei ist gleich-

1) Zeuner, aaO., 384-385; Thiele, AcP 167, 195.

2) Zeuner, aaO., 385 und 389; ähnlich auch Soergel-Siebert-Schmidt, §§ 249-253 Anm. 63.

3) Zeuner, aaO., 380.

4) Larenz, VersR 1963, 1.

gültig, ob man Selb ¹⁾ folgen will und sagt, die einzelnen Schadenskomponenten müßten aus der reinen Differenzrechnung gelöst und im Wege einer juristischen Vorwertung danach befragt werden, ob sie dem Schädiger zugute kommen sollen oder nicht, oder ob man umgekehrt vor der Einstellung jener Schadenskomponente in die Differenzrechnung wertend über ihre Einstellung entscheidet; das Ergebnis jedenfalls ist in beiden Fällen das gleiche.

Eine Unterscheidung zwischen Vermögensvorteilen im Sinne der Vorteilsausgleichung und bloßen Schadensberechnungsfaktoren ²⁾ ist dann aber ebenso unangebracht wie die Forderung Oertmanns nach einer Selbständigkeit von Vor- und Nachteil nach vorangegangener Schadensfeststellung ³⁾. Denn der Begriff des Vorteils ist für sich genommen viel zu vage, und die bei den einzelnen Fallgruppen auftretenden Vorteile sind zu unterschiedlich, als daß man den Vorteil im Rechtssinne allgemeingültig definieren könnte ⁴⁾. In Randfällen ist es obendrein zweifelhaft, ob überhaupt von einem Vorteil gesprochen werden kann, etwa wenn bei der Beschädigung einer Sache ein andersartiger Rest verbleibt; hier bleibt es dann offen, ob dieser Rest als ein Vorteil anzusehen ist, oder ob der Schaden nicht vielmehr von vornherein um einen entsprechenden Betrag geringer ist. Ebenso kann auch die Lohnfortzahlung nicht ohne weiteres als Vorteil der Verletzungshandlung apostrophiert werden, da sie ja von ihr unabhängig

1) Selb, Kritik formaler Drittschadensthesen, NJW 1964, 1768; ders., NJW 1963, 2057.

2) Esser, Schuldrecht, S. 268 f.

3) Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 22.

4) Vgl. die Definition Essers in seinem Schuldrechtslehrbuch unter S. 268 f., im Gegensatz zu der von ihm auf den S. 272 f. aufgestellten Typenlehre für die Grundfälle der Vorteilsausgleichung.

ist ¹⁾.

Konsequenter ist daher, grundsätzlich alle Vermögensbestandteile als selbständige Schadensberechnungsfaktoren zu betrachten und zunächst diejenigen in die Differenzrechnung einzustellen, bei denen diese Einstellung keine Bedenken erweckt, in der Regel also alle die Posten, für die eine Vorteilsausgleichung bzw. Nichtausgleichung nicht in Betracht kommt. Bei den übrigen - strittigen - Positionen ist dann über eine Einstellung mit Hilfe einer rechtlichen Wertung zu entscheiden. Erst das Ergebnis dieser Operation wird dann den Vermögensschaden in der Höhe zeigen, in der er zu ersetzen ist.

Damit ist schon gesagt, daß im Gegensatz zu Oertmann die Berechnung des Arbeitnehmerschadens nicht die Feststellung eines Schadens und eines selbständigen Vorteils voraussetzt ²⁾. Alle Bestandteile des Vermögens des Verletzten, ob positiv oder negativ, müssen zunächst gleich behandelt werden. Erst nach der besonderen, auf die Umstände des Einzelfalls abgestellten rechtlichen Wertung können dann einzelne Bestandteile zu Lasten des Schädigers von der Differenzierung ausgenommen werden. Es ist jedenfalls innerhalb der Schadensberechnung keine Konstruktionsgrenze ersichtlich, welche die Feststellung eines naturalistischen Schadens voraussetzt, bevor die Frage nach der Anrechnung gleichzeitig oder später durch die Verletzungshandlung entstandener Vorteile gestellt werden darf ³⁾. Es genügt vielmehr, daß durch eine Verletzungshand-

1) Rother, S. 223-225; vgl. auch oben, S. 57 ff.

2) Oertmann, aaO.; Esser, Schuldrecht, S. 274.

3) So aber Kollhosser, AcP 166, 285.

lung ein von dem "Idealzustand" abweichender "Schadenszustand" durch die Verletzung eines geschützten Rechtsguts geschaffen worden ist ¹⁾. Die Schadensberechnung im Detail hat sodann in der vorstehend geschilderten Form zu erfolgen. Geht man dabei davon aus, daß die einzelnen Bestandteile des Vermögens des Verletzten innerhalb des gegliederten Schadensbegriffs rechtlich selbständige Relevanz haben, so ist man nicht gezwungen, einzelne von ihnen zur "Randkorrektur der Schadensberechnungslehre" als unselbständig zu behandeln, indem man sie von der Entstehung eines schematisch zu errechnenden Schadens abhängig macht ²⁾.

Das bedeutet für die Frage nach einem Schadensausgleich bei Lohnfortzahlung, daß die Lohnfortzahlung bei der Ermittlung des Vermögensschadens des Arbeitnehmers zu Lasten des Schädigers für die Differenzierung außer Betracht bleiben muß, wenn sich aus einer juristischen Wertung ergeben sollte, daß sie ihm nicht zugute kommen darf.

Diese Schadensauffassung macht bei der detaillierten Schadensberechnung auch weniger Schwierigkeiten als die pauschale Betrachtungsweise des Bundesgerichtshofs ³⁾. Eigentlich ist nur erforderlich, bei der Schadensberechnung ausschließlich aus der Interessensphäre des Verletzten heraus, also der des Arbeitnehmers, zu argumentieren und hiervon ausgehend den selbständigen Vermögensbestandteil Lohnfortzahlung, falls er zu Lasten des Schädigers aus rechtlichen Gesichtspunkten bei der Differenzierung ignoriert werden soll, weiter in seine Kom-

1) Vgl. oben, S. 112.

2) Kollhosser, aaO., beruft sich hier zu Unrecht auf Zeuner, aaO., 380 (385).

3) Vgl. oben, S. 106 ff.

ponenten aufzugliedern (Nettolohn, Steuern, Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung). Diese Einzelbestandteile sind dann jeweils daraufhin zu untersuchen, ob ihre Nichtgewährung zu einem Vermögensschaden des Arbeitnehmers geführt hätte, da ja nur dieser und nicht etwa der Aufwand des Arbeitgebers zu seiner Verhinderung zu errechnen sind. Das muß dann im Ergebnis zur Anwendung der sogenannten "modifizierten Nettolohntheorie" führen; dem Arbeitnehmer kann also ein Schaden nur in Höhe des Nettolohns zuzüglich der auf die Schadensersatzsumme in dieser Höhe zu zahlenden Steuern und derjenigen Versicherungsbeiträge erwachsen, die zur Erhaltung bestehender Versicherungsanswartschaften notwendig sind. Auch die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung sind unter der Bedingung in die Ersatzpflicht einzubeziehen, daß im Einzelfall dem verletzten Arbeitnehmer durch ihren Ausfall Versicherungsanswartschaften verloren gingen ¹⁾.

Einem solchen Vorgehen wird man keinen Wechsel in der Argumentation zwischen der normativen und der tatsächlichen Betrachtungsweise vorwerfen können, weil etwa zunächst aus Rechtsgründen die Lohnfortzahlung bei der Differenzierung ignoriert werde, um dann aber doch wieder bei der Berechnung der Schadenshöhe im einzelnen einbezogen zu werden - eine Überlegung, welche den Bundesgerichtshof vermutlich dazu bewogen hat, bei der Berechnung des Arbeitnehmerschadens auf eine Differenzierung ganz zu verzichten ²⁾. Hier jedenfalls wird nur die Konsequenz daraus gezogen, daß ausschließlich der Schaden des Arbeitnehmers festzustellen ist. Daraus folgt logischerweise, daß die Lohnfortzahlung bei der Diffe-

1) Vgl. oben, S. 108 f.

2) BGHZ 43, 378; BGH NJW 1965, 1592 f.

renzrechnung nur insoweit ausgeklammert werden darf, als sie einen Vermögensschaden des Arbeitnehmers vermeidet.

Es ist jedenfalls zu konstatieren, daß durch die hier entwickelte Schadensauffassung die Enge des bisher herrschenden Schadensbegriffs überwunden wird. Die hier vertretene Schadensauffassung ist elastisch genug, wie das Beispiel des Arbeitnehmerschadens zeigt, um selbst bei schwierigen Schadensberechnungen brauchbare Ergebnisse zu zeitigen.

4. Die Wertungsgrundlage beim Arbeitnehmerschaden

- a) Zu klären bleibt noch, nach welchen Gesichtspunkten die Wertung vor der Einstellung eines Schadensberechnungsfaktors in die Differenzhypothese erfolgen soll und ob diese Wertung dann dazu führt, daß die Lohnfortzahlung zu Lasten des Schädigers unberücksichtigt bleibt.

Dabei liegt klar auf der Hand, daß bei der Vielfalt der möglichen Fallkonstellationen für das gesamte Schadensersatzrecht gültige Wertungsgesichtspunkte kaum zu entwickeln sind; die Besonderheiten der verschiedenen typischen Fallkonstellationen verhindern das ebenso, wie unter Umständen die Besonderheiten des Einzelfalls auch eine besondere Wertung notwendig machen können.

Feststeht jedoch, daß Kausalitätserwägungen für die Anrechnung bzw. Nichtanrechnung schadenmindernder Vorteile nicht kompetent sind ¹⁾. Ebenso sind Billigkeitserwägungen oder eine Argumentation aus der

1) Vgl. oben, S. 60 f.; a.A. hier anscheinend Zeuner, aaO., S. 385.

Interessenlage zu unverbindlich und zu wenig klar umrissen, um sichere Entscheidungskriterien auszuliefern ¹⁾. Ansatzpunkte für eine Entscheidung über die Einstellung bzw. Nichteinstellung eines Postens in die Differenzrechnung könnten dagegen aus den Regelungen, die der Gesetzgeber für ähnliche Fälle getroffen hat ²⁾, und aus der Lehre Cantzlers zum Vorteilsausgleich ³⁾ entnommen werden.

- b) Es liegt nahe, zunächst jene Regelungen zu untersuchen, welche der Gesetzgeber für die Fälle vorgesehen hat, in denen für denselben Schaden zwei Deckungspflichten vorhanden sind, insbesondere also die Vorschriften über eine cessio legis. Hier jedoch ist zu bedenken, daß die diesen Vorschriften zugrundeliegenden Konstellationen nicht ohne weiteres auf den Arbeitnehmerschaden übertragen werden können, daß sie vielmehr nur ähnlich sind ⁴⁾. Die aus ihnen zu entnehmenden Zuwertungsgesichtspunkte können deshalb die Frage nach der Anrechnung der Lohnfortzahlung nicht lösen, sondern nur unterstützend herangezogen werden. Das gilt aber auch für die Vorschriften, welche in der Literatur sehr häufig zur Begründung der Verpflichtung des Arbeitnehmers bemüht werden, seinen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer an den Arbeitgeber abzutreten,

1) Vgl. oben, S. 69 ff.

2) Vgl. oben, S. 95 ff.; zu denken wäre also beispielsweise an die §§ 255, 281 BGB, 1542 RVO, 67 VVG, 87 a BBG und insbesondere § 843 Abs. 4 BGB.

3) Vgl. oben, S. 97 ff.

4) Kollhosser, AcP 166, 286.

also die §§ 255 und 281 BGB ¹⁾. Prinzipiell ist zwar scharf zwischen den beiden Fragen zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer einerseits zur Abtretung seines Schadensersatzanspruchs an den Arbeitgeber verpflichtet ist und ob andererseits die Lohnfortzahlung in die Differenzrechnung aufgenommen werden soll oder nicht. Das schließt jedoch nicht aus, daß die entscheidenden Gesichtspunkte zur Frage der Abtretungspflicht auch zur Wertung über die Einstellung der Lohnfortzahlung in die Differenzhypothese verwendet werden können.

Selb stützt die Ablehnung einer Vorteilsausgleichung bei schadenmindernden Leistungen Dritter in besonderem Maße auf § 255 BGB, der seiner Meinung nach die "folgerichtige Weiterführung der Idee von der nur einseitigen Vorteilsausgleichung" und gleichzeitig die Entscheidung für einige solcher Fälle enthält; es solle derjenige den Schaden tragen, der ihm aufgrund wertender Betrachtung näher stehe; der Dieb solle also vor dem Verwahrer haften ²⁾. § 255 BGB läßt sich aber nur sehr schwer mit dem Dreiecksverhältnis zwischen Schädiger, Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Einklang bringen, was übrigens Selv auch anerkennt; denn er will die Pflicht des Arbeitnehmers, seinen Ersatzanspruch an den Arbeitgeber ab-

-
- 1) Herschel, DR 1943, 447; Machleid, JZ 1952, 644; ders., DRiZ 1953, 124; Sieg, JZ 1954, 340; Reinhardt, Drittschaden, S. 123; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341 Anm. 86; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 4; Palandt-Danckelmann, § 255 Anm. 4; RGRK-Nastelski, § 255 Anm. 4; RGRK-Haager, § 823 Anm. 71 u. 83; Soergel-Siebert-Schmidt, § 255 Anm. 2; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 49; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 59; BGHZ 21, 112 (119).
- 2) Selv, Schadensbegriff, S. 22-24; ders., NJW 1964, 19; ähnlich auch Larenz, Schuldrecht I, S. 165; Erman, § 255 Anm. 1; RGRK-Nastelski, § 255 Anm. 1; Staudinger-Werner, § 255 Anm. 7-12, 18.

zutreten, nicht auf § 255 BGB, sondern auf § 281 BGB stützen ¹⁾. Die Vorschrift des § 255 BGB paßt aber vor allem deshalb nicht, weil der Arbeitgeber nicht einem Verwahrer gleichsteht, der für den Verlust einer Sache Ersatz zu leisten hat, und weil der Arbeitnehmer auch keine Ansprüche aus dem Eigentum abzutreten hätte ²⁾. Nach § 255 BGB soll der eine der beiden Schuldner, nämlich der Dieb der Sache, grundsätzlich vor dem anderen, also dem fahrlässig handelnden Verwahrer, haften, während dagegen der Arbeitgeber den Lohn wegen der Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung in jedem Fall weiterzahlen muß, gleichgültig ob nun der Verletzer des Arbeitnehmers zu Ersatzleistung verpflichtet ist und ob er diese auch erbringt ³⁾. § 255 BGB ist demnach als Wertungsgesichtspunkt zur Entscheidung der Frage, ob die Lohnfortzahlung in die Differenzrechnung einzustellen ist, ungeeignet.

Das weitere Argument Selbs, derjenige von zwei auf dieselbe Leistung verpflichteten Schuldnern solle den Schaden tragen, der ihm nach entsprechender Wertung näher stehe ⁴⁾, ist an sich zur Entscheidung zwischen zwei Leistungspflichten, die denselben Schaden decken sollen, nicht ungeeignet. Es läßt sich beispielsweise gut auf Fallsituationen anwenden, in denen der eine Schuldner den Schaden verursacht hat, während der andere lediglich durch fahrlässiges Verhalten die Möglichkeit zur Schädigung geboten hat. Es verliert aber an Wert, wenn wie hier der eine Schuldner (Verletzer des Arbeitneh-

1) Selb, aaO., S. 68.

2) Selb, aaO.; Friedrich, VersR 1950, 141; Lepenies, VersR 1951, 32; Marx, VersR 1952, 136; a.A. u.a. Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642; Palandt-Danckelmann, § 255 Anm. 4; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 4.

3) Selb, aaO.

4) Selb, aaO., S. 24.

mers) dem Schaden zwar näher steht, weil er ihn schuldhaft herbeigeführt hat, der andere Schuldner, der wie der Arbeitgeber mit der Entstehung des Schadens an sich gar nichts zu tun hat, jedoch aufgrund gesetzlicher Bestimmungen in jedem Falle zur Schadensdeckung verpflichtet ist. Denn der Ausgangspunkt der Wertung ist hier nicht für beide Schuldner die Herbeiführung des Schadens, sondern für einen von ihnen eine vom Schaden völlig unabhängige Verpflichtung zur Lohnfortzahlung.

Die Abtretungspflicht des Arbeitnehmers wird weiterhin vielfach auf § 281 BGB gestützt, weil der Arbeitnehmer als Schuldner im Sinne dieser Vorschrift infolge der Verletzung keine Arbeitsleistung erbringen müsse, dafür aber gegen seinen Verletzer einen Ersatzanspruch erlange¹⁾. Ob dieser Ansicht zu folgen ist, kann hier vorerst dahingestellt bleiben. § 281 BGB ist jedenfalls für eine Wertung, die sich auf die Frage einer Einstellung des weitergezahlten Lohns in die Differenzhypothese bezieht, ebenfalls nichtssagend. Diese Vorschrift hat allein die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner eines Vertrages im Auge. Es wird in ihr vorausgesetzt, daß der Schuldner für den von ihm geschuldeten Gegenstand einen Ersatzanspruch hat; die Bewertung dieses Anspruchs gegen den im Ergebnis allein ersatzpflichtigen Dritten liegt aber außerhalb des Bereichs, über den etwas mitgeteilt wird²⁾.

Auch § 426 BGB enthält keinen für die Anrechnung

1) Machleid, JZ 1952, 644; ders., DRiZ 1953, 124; Reinhardt, Drittschaden, S. 123; Selb, Schadensbegriff, S. 69; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341 Anm. 86; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 49; a.A. Staudinger-Werner, § 281 Anm. 14.

2) Vgl. auch oben, S. 71.

der Lohnfortzahlung brauchbaren Abwägungsgrundsatz, da die dort benutzten Abwägungskriterien, wie etwa der Grad der Verursachung des Schadens durch den einzelnen Gesamtschuldner oder eine der Gesamtschuld zugrundeliegende Vereinbarung ¹⁾, auf die hier zu treffende Abwägung nicht passen.

Dagegen enthalten die Vorschriften über die *cessio legis*, die gelegentlich zur Begründung der Fiktion eines Arbeitnehmerschadens herangezogen werden ²⁾, in beschränktem Maße Wertungsgesichtspunkte für die Schadensberechnung. Jede dieser Vorschriften regelt aber einen genau umrissenen Interessenwiderstreit auf einem speziellen Rechtsgebiet. So haben die §§ 67 VVG und 1542 RVO eine Abwägung zwischen den Interessen des Schädigers einerseits und denen der Versicherungen bzw. des Staates als Träger der Sozialversicherung andererseits bei gleichzeitiger Sicherung des Verletzten vorgenommen. Es stehen sich hier also nicht zwei Individualinteressen - die des Arbeitgebers und die des Schädigers - gegenüber; der Verletzte sieht sich vielmehr mit Institutionen konfrontiert, welche die Interessen einer Vielzahl von Personen wahrnehmen bzw. als öffentliche Hand eine privilegierte Stellung einnehmen ³⁾. Ebenso haben auch die anderen Vorschriften über eine *cessio legis* zugunsten des Trägers der Versorgungslast, wie die §§ 81 Abs. 2 BVG, 90, 91 SHG, 87 a BBG etc., jeweils genau umrissene Voraussetzungen, welche der Situation bei der Verletzung eines Arbeitnehmers, der einen Anspruch auf Lohnfortzahlung hat, nur ähneln, mit ihr aber nicht kongruieren ⁴⁾. Aus diesen

1) Erman-Westermann, § 426 Anm. 4 und 5; RGK-Fischer, § 426 Anm. 9 und 11; Soergel-Siebert-Schmidt, § 426 Anm. 10 und 11.

2) Vgl. oben, S. 69 ff.

3) Selb, aaO.

4) Kollhosser, AcP 166, 286.

Zessionsvorschriften kann daher nur in beschränktem Maße der Hinweis entnommen werden, daß beim Bestehen zweier Deckungspflichten für denselben Schaden im Ergebnis immer diejenige heranzuziehen ist, die aus der schuldhaften Verursachung dieses Schadens datiert, und nicht diejenige, die aufgrund eines Anspruchs des Verletzten auf soziale Versicherung besteht; die Lohnfortzahlung wäre danach nicht in die Differenzrechnung einzubeziehen.

Entsprechende Einschränkungen gelten auch gegenüber dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB. Hierzu wurde bereits oben bemerkt, daß diese Vorschrift spezifisch familienrechtlicher Natur ist, weil sie auf die Bedürftigkeit des Verletzten abstellt und den Unterhaltspflichtigen nur subsidiär verpflichtet, und daß diese familienrechtliche Ausgestaltung mit dem der Lohnfortzahlung zugrundeliegenden Entgeltgedanken unvereinbar ist ¹⁾. Der Rechtsgedanke des § 843 Abs. 4 BGB kann demnach - und hier ist der Bundesgerichtshof ²⁾ zu korrigieren - nur mit Vorsicht dazu benutzt werden, die Nichtberücksichtigung schadenmindernder Drittleistungen zu Lasten des Schädigers zu begründen. Dennoch besitzt aber auch der Rechtsgedanke des § 843 Abs. 4 BGB, ebenso wie die Vorschriften über eine cessio legis, einen Zuwertungsgesichtspunkt, der den Schädiger vor dem Träger der Soziallast, hier also der Familie, zur Schadensdeckung heranziehen will. Diese Überlegung wird auch nicht durch die sicher richtige Ansicht widerlegt, § 843 Abs. 4 BGB betreffe nur den Fall, daß eine Unterhaltspflicht mit dem Schadensfall entstehe, könne also nicht die Entstehung

1) Vgl. oben, S. 81.

2) BGHZ 13, 360 (364).

eines Schadens begründen ¹⁾. Die vom Gesetzgeber in dieser Vorschrift vollzogene Abwägung zwischen zwei Deckungspflichten für denselben Schaden kann jedenfalls als Zuwertungsgesichtspunkt im Rahmen der Differenzierung mitbemüht werden.

Zusammenfassend läßt sich daher formulieren, daß die §§ 255, 281 und 426 BGB die zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Schädiger bestehenden Rechtsbeziehungen nicht so treffen, daß aus ihnen Zuwertungsgesichtspunkte entnommen werden dürften. Dagegen kann sowohl aus den Zessionsvorschriften zugunsten des Versicherers und des Staates als des Trägers der Sozialversicherung, als auch aus der Regelung des § 843 Abs. 4 BGB für die Entscheidung der Frage, ob die Lohnfortzahlung bei der Feststellung eines Schadens des Arbeitnehmers in die Differenzrechnung aufzunehmen ist, der Hinweis gewonnen werden, daß im Prinzip der Schädiger vor dem Träger der Soziallast ersatzpflichtig sein soll.

- c) Weiterhin bleibt zu prüfen, ob der Zweck der Lohnfortzahlung, also ihre fürsorgliche und humanitäre Motivation, womit der Bundesgerichtshof ja eine Nichtanrechnung zu Lasten des Schädigers begründet ²⁾, ein probater Zuweisungsgesichtspunkt ist. Dabei liegt es nahe, zu untersuchen, ob Cantzler darin beizupflichten ist, daß ein durch die Verletzungshandlung provozierter Vorteil dann angerechnet werden muß, wenn er eine Förderung des verletzten Rechtsguts impliziert, daß er aber nicht anzurechnen ist, wenn er auf einer vom Geschädigten oder einem Dritten getroffenen Ersatzmaßnahme

1) So richtig Selb, Schadensbegriff, S. 58; vgl. auch oben, S. 70 f.

2) BGHZ 21, 112 (114 ff.).

beruht, die nur den Zweck hat, dem Geschädigten zu nützen ¹⁾. Damit zusammen hängt die Klärung der Frage, ob diese Vorstellung aus dem Gedanken heraus zu erklären ist, der bei der Haftungsbegrenzung entsprechend dem Schutzzweck der verletzten Norm verwandt wird ²⁾.

aa) Dazu ist als erstes eine Erläuterung des Schutzzweckgedankens vonnöten. Eine Haftungsbegrenzung entsprechend dem Schutzzweck der verletzten Norm wird in Rechtsprechung und Literatur bereits seit längerem akzeptiert. Dieser Schutzzweckgedanke besagt, "daß die richtige Begrenzung der Haftung jeweils aus dem Zweck der verletzten Norm, im Vertragsrecht also des individuellen Vertrags, mittels Auslegung ableitbar sein müsse, wobei gemäß den allgemeinen Regeln auch eine ergänzende Auslegung in Betracht kommt, sofern der gedankliche Zusammenhang mit dem Normzweck gewahrt bleibt" ³⁾.

Von diesem Grundgedanken ausgehend, entschied das Reichsgericht bereits im 63. Band, daß diejenigen Personen, die aufgrund einer geschmeichelten Bilanz Aktien erworben hätten, nicht zu dem Personenkreis gehörten, welcher gegen die aufsichtspflichtigen Mitglieder des Aufsichtsrats der betreffenden Aktiengesellschaft wegen einer Verletzung der Aufsichtspflicht Schadensersatzansprüche habe, da die Vorschriften, welche die Aufsichtspflicht regelten, nur den Schutz der für die Körperschaft tätigen

1) Cantzler, AcP 156, 42 u. 59; vgl. oben, S. 97 ff.

2) Cantzler, aaO., 52-53; vgl. oben, S. 97 ff.

3) Th. Raiser, JZ 1963, 464; ähnlich von Caemmerer, NJW 1956, 570; Rother, S. 12; Esser, Schuldrecht, S. 246; RGRK-Haager, § 823 Anm. 96.

Personen und nicht den beliebiger Dritterbezwecke ¹⁾. Auch der Bundesgerichtshof hat den Schutzzweckgedanken wiederholt zur Begründung einer Haftungsbegrenzung bemüht, insbesondere bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB ²⁾. Mit Rücksicht auf den Schutzzweckgedanken hat der Bundesgerichtshof beispielsweise dem betroffenen Ehemann gegen den Ehebrecher einen Anspruch auf Ersatz der Kosten des Scheidungsverfahrens aus den §§ 823 Abs. 1 und 2 und 826 BGB versagt ³⁾.

Es fällt allerdings auf, daß der Bundesgerichtshof den Schutzzweckgedanken vereinzelt auch in solchen Fällen bemüht, in denen es bereits an einem natürlichen Kausalzusammenhang fehlt. So hat er einem Angeklagten, der wegen seiner Beteiligung an einem Verkehrsunfall in ein Strafverfahren hineingeraten und dort wegen erwiesener Unschuld freigesprochen worden war, einen Anspruch auf Ersatz seiner Verteidigerkosten gegen den Unfallgegner versagt. Zur Begründung hat er ausgeführt, § 823 Abs. 1 BGB wolle nur die Unversehrtheit des Körpers, der Gesundheit und des Eigentums schützen, nicht aber das Vermögen als solches. Dem Täter dürften deshalb

1) RGZ 63, 324 (327 ff.); vgl. zum Schutzzweckgedanken weiter RGZ 72, 128; 73, 30; 102, 223; 119, 435; 135, 242; 138, 165; 138, 219.

2) BGH NJW 1956, 1149 f.; BGH NJW 1956, 217 = BGHZ 19, 114; BGHZ 23, 137; BGH NJW 1958, 1041 ff. = BGHZ 27, 137; ebenso OLG Karlsruhe, NJW 1957, 874 f.

3) BGH NJW 1956, 1149 f.; BGHZ 23, 279; entspr. BGHZ 19, 114, wonach die Vorschriften über die Eisenbahnbetriebsgefährdung nur die Gesundheit und das Eigentum des Unternehmers und der vom Verkehr unmittelbar berührten Personen, nicht aber deren allgemeine Vermögensinteressen schützen sollen.

auch nur die Folgen der Verletzung eines dieser Rechtsgüter zugerechnet werden, nicht aber die Aufwendungen, welche das Strafverfahren für den Unfallgegner mit sich gebracht habe, da insoweit durch den Unfall keine der Gefahren verwirklicht worden sei, welche das Gesetz verhüten wolle; die Gefahr, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden, treffe jeden Staatsbürger ¹⁾. Zu beachten ist hier jedoch, daß der Verletzte schon durch den Unfall, nicht aber erst durch den dabei erlittenen Körperschaden in den Verdacht geraten ist, sich strafbar gemacht zu haben. Als Grund einer Ersatzpflicht könnte daher nur das verkehrswidrige Verhalten als solches und damit die Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Betracht kommen. Für eine Erörterung des Schutzzweckgedankens im Rahmen der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB besteht dann aber mangels eines Kausalzusammenhanges zwischen der Körperverletzung und den Aufwendungen für das Strafverfahren kein Anlaß.

Auch in der Literatur gehen mehrere Verfasser davon aus, daß die Adäquanztheorie als Kriterium einer Haftungsbegrenzung unzureichend ist, und wollen deshalb im Schutzzweckgedanken einen zusätzlichen "Filter" konstruieren, um eine Begrenzung der Haftung in persönlicher und sachlicher Beziehung zu erreichen ²⁾.

Von Caemmerer geht sogar so weit, die Adäquanzformel ganz durch den Schutzzweckgedanken ablö-

1) BGH NJW 1958, 1041 ff. (1042); ebenso OLG Karlsruhe, NJW 1957, 874 f.

2) Larenz, Schuldrecht I, S. 161; Enneccerus-Lehmann, S. 70; Blomeyer, S. 121 ff.; Bötticher, AcP 156, 386, 387; EGRK-Haager, § 823 Anm. 96; Esser, Schuldrecht, S. 245 ff.

sen zu wollen ¹⁾. Seiner Meinung nach kann eine Haftungsbegrenzung nicht in generell zu bestimmenden Eigenschaften des Kausalverlaufs gefunden werden, da die Unwahrscheinlichkeit von Schadensfolgen dann nicht weiterhelfe, wenn zu der Tat neue Ereignisse hinzukämen und zu befinden sei, ob sie dem Täter zuzurechnen seien oder nicht. Stattdessen müßten vielmehr der Sinn und die Tragweite der verletzten Norm untersucht werden und zwar im Wege einer Typologie der kritischen Fälle ²⁾.

Diese Ansicht schießt jedoch über das Ziel hinaus, denn das Gesetz selbst bezieht sich ja bei der Berechnung des entgangenen Gewinns in § 252 BGB. auf den Grad der Wahrscheinlichkeit ³⁾. Ebenso besagen im Vertragsrecht bei Geldschulden die Vereinbarungen der Parteien nichts darüber, wie der Gläubiger die Leistung verwenden will; bleibt die Leistung aus und entsteht dem Gläubiger deshalb ein auf seine besonderen Vermögensumstände zurückzuführender besonders hoher Schaden, so kann aus dem Zweck des Vertrages nichts über die Höhe der Ersatzleistung gefolgert werden; der Richter ist vielmehr nach wie vor auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil angewiesen ⁴⁾.

Andererseits hält Rother den Schutzzweckgedanken als Haftungsbegrenzungsmaßstab für weitgehend wertlos, da dieselben Ergebnisse auch mit

1) Von Caemmerer, NJW 1956, 570.

2) Von Caemmerer, aaO.

3) Th. Raiser, JZ 1963, 464-465.

4) Th. Raiser, aaO.

Hilfe der Adäquanz zu erreichen seien ¹⁾.

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß beispielsweise in den Fällen, in denen aufgrund des Schutzzweckgedankens der Ersatz der Kosten des Scheidungsverfahrens versagt worden ist, das richtige Ergebnis nur mit Hilfe der Schutzzwecktheorie begründet werden kann, da das Verfahren entgegen der Ansicht Rother ²⁾ durch den Ehebruch adäquat kausal verursacht worden ist und damit auch die aus ihm erwachsenen Kosten. Es trifft auch nicht zu, daß es in manchen Fällen, in denen der Schutzzweckgedanke zum Zwecke der Haftungsbegrenzung verwendet wird, gar nicht um die Frage der Haftungsbegrenzung gehe, sondern um die Frage nach der Anwendung der richtigen Norm auf den Tatbestand oder um die richtige Auswahl zwischen mehreren konkurrierenden Vorschriften, so etwa, wenn wegen der Verletzung einer forstwirtschaftlichen Vorschrift aus § 823 Abs. 2 BGB auf den Ersatz von Personenschäden geklagt wird ³⁾. Denn die richtige Anwendung der Vorschrift und die Begrenzung der aus ihr folgenden Haftung ergibt sich ja gerade aus ihrem Zweck, nur forstwirtschaftliche Interessen zu schützen und nicht solche Interessen, die nur aus Anlaß der Verletzung dieser forstwirtschaftlichen Interessen mitbetroffen werden.

Es ist daher im Ergebnis gerechtfertigt, den Schutzzweckgedanken neben der Adäquanzformel

1) Rother, S. 29.

2) Rother, S. 22-23.

3) Rother, S. 14.

zur Haftungsbegrenzung zu benutzen. Beide Theorien schließen sich nicht aus. Sie können zwar die Frage einer Haftungsbegrenzung auch nicht ausschließlich lösen ¹⁾, bilden aber zusammengekommen zwei wesentliche "Filter" gegen eine Ausuferung der Schadensersatzpflicht ²⁾. Der Schutzzweckgedanke ist jedenfalls immer dann legitim, "wenn das verletzte Gesetz oder der verletzte Vertrag erkennbar spezielle Zwecke verfolgen und der Schaden in einem Bereich aufgetreten ist, der außerhalb dieser Zweckbestimmung liegt" ³⁾.

- bb) Diese Haftungsbegrenzung mit Hilfe des Schutzzweckgedankens ergibt jedoch, wie oben bereits angedeutet worden ist ⁴⁾, für sich allein betrachtet noch nichts für eine Nichtanrechnung von Vorteilen, die auf einer Ersatzmaßnahme des Verletzten selbst oder eines Dritten beruhen. Denn der Schutzzweckgedanke erfüllt ja nach dem soeben Gesagten seine Funktion im Rahmen der Haftungsbegrenzung, indem er den Umfang der Haftung aus Sinn und Zweck der haftungsbegründenden Norm bezieht. Er verrät damit nur etwas über solche Gesichtspunkte, die zugunsten des Schädigers im Sinne einer Haftungseinschränkung bedacht werden sollen, ohne diese Haftungseinschränkung aber von einer Förderung des verletzten Rechtsguts, die ja nach Cantzler Voraussetzung jeder Anrechnung sein soll ⁵⁾, abhängig zu

1) Rother, S. 29.

2) Rother, aaO.; Th. Raiser, JZ 1963, 465-466.

3) Th. Raiser, aaO., 464.

4) Vgl. oben, S. 97 ff.; Cantzler, AcP 156, 58.

5) Cantzler, aaO., 59.

machen. Der Schutzzweckgedanke besagt gewissermaßen nur, wie weit die Haftung höchstens reichen soll, nicht aber, welche "Förderungen" des verletzten Rechtsguts dem Schädiger zugute kommen sollen und welche nicht.

- cc) Der Ansatzpunkt zur Lösung der Zuwertungsfrage, ob der weitergezahlte Lohn zugunsten des Schädigers bei der Berechnung des Arbeitnehmerschadens in die Differenzrechnung aufgenommen werden soll oder nicht, liegt jedoch woanders; er knüpft zudem an den Schutzzweckgedanken und den Zweck der Lohnfortzahlung an.

Es ist nämlich zu bedenken, daß der Schutzzweckgedanke in dem Falle, in dem der Arbeitnehmer von einem Dritten schuldhaft so verletzt worden ist, daß er vorübergehend seiner Arbeit nicht nachgehen kann, hinsichtlich der Haftung des Schädigers aus den §§ 823 Abs. 1 und 2 BGB in Verbindung mit § 842 BGB dazu führt, daß der Verletzer grundsätzlich auch einen Erwerbsschaden des Arbeitnehmers zu vermeiden bzw. zu ersetzen hat. Der Schutzzweckgedanke erreicht hier eine Haftungsbegrenzung in persönlicher Beziehung nur insoweit, als lediglich der verletzte Arbeitnehmer selbst geschützt werden soll. Die Haftung darf sich demnach, wie schon oben erwähnt ¹⁾, nur auf solche Schadensposten erstrecken, die ohne die Verletzung das Einkommen des Arbeitnehmers gebildet hätten, also den Nettolohn zuzüglich der auf ihn zu entrichtenden Steuern und derjenigen Sozialversicherungsbeiträge, die zur Erhaltung bestehender Versicherungsanwartschaften erforderlich wären. In den

1) Vgl. oben, S. 108 ff.

Haftungsbereich fallen aber solche Positionen nicht, die der Arbeitgeber zur Verhinderung eines Schadens des Arbeitnehmers aufwenden muß ¹⁾. In sachlicher Beziehung tritt eine Haftungsbegrenzung beispielsweise dann ein, wenn der Schädiger gemäß § 842 BGB nur für die Schäden des Arbeitnehmers an Erwerb und Fortkommen, nicht aber für die darüber hinaus entstehenden Verteidigerkosten eines Strafverfahrens aufzukommen hat ²⁾.

Dieser Haftungsbegrenzung nach dem Schutzzweck steht nun der Zweck der Lohnfortzahlung gegenüber. Der Zweck der Lohnfortzahlung geht, wie sich aus den Regeln über die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung und der Höhe des weiterzuzahlenden Lohns ergibt, dahin, dem Arbeitnehmer im Falle einer Erkrankung materielle Not zu ersparen und ihm ein seinem gewöhnlichen Verdienst entsprechendes oder angenähertes Einkommen zu sichern ³⁾. Der Zweck der Lohnfortzahlung bedenkt also ausschließlich den Arbeitnehmer und verrät demnach nichts darüber, ob sich die Nebenwirkung der Lohnfortzahlung, einen Erwerbschaden des Arbeitnehmers von vornherein rein rechnerisch zu verhindern, zugunsten oder zu Lasten des Schädigers auswirken soll. Der Zweck der Lohnfortzahlung ist daher der Schadensersatzpflicht des Schädigers gegenüber zunächst neutral.

Es fällt aber auf, daß die Überschneidung der

1) Vgl. oben, aaO., S. 24 ff.

2) Vgl. oben, S. 127 f.

3) Vgl. oben, S. 24 ff.

Deckungspflichten von Arbeitgeber und Schädiger hinsichtlich des Arbeitnehmerschadens bewirkt, daß einerseits der Schutzzweckgedanke eine Haftungsgrenze so weit zieht, daß der Erwerbschaden des Arbeitnehmers in den Haftungsbereich integriert wird, während andererseits die Lohnfortzahlung zwar ebenfalls in diesen Bereich hineinragt, gegenüber der Schadensersatzpflicht aber indifferent ist. Wenn demnach die Haftungsbegrenzung durch den Schutzzweck der verletzten Norm den Bereich absteckt, für den der Schädiger einzustehen hat, umgekehrt aber schadenmindernde Leistungen, die sich der Geschädigte selbst verschafft hat oder die zu seinen Gunsten von einem Dritten erbracht worden sind, nur den Zweck haben, dem Verletzten zu nützen, nicht aber auch gleichzeitig eine Entlastung des Schädigers intendieren, dann kann das lediglich zur Folge haben, daß die Ersatz- bzw. Deckungspflicht ausschließlich in den Verantwortungsbereich des Schädigers fällt; die Deckungspflicht des Schädigers wird durch die schadenmindernde Drittleistung nicht beseitigt. Obwohl sich zugunsten des verletzten Arbeitnehmers die Ersatzpflicht des Schädigers und die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers kongruent gegenüberstehen, sorgt demnach der Zweck der Lohnfortzahlung für einen Vorrang der Schadensersatzpflicht. Dem steht die Haftungsbegrenzung zum Schutze des Schädigers nicht entgegen.

Diese Gegenüberstellung der Haftungsbegrenzung zugunsten des Schädigers durch den Schutzzweck der von ihm verletzten Norm und des Zwecks einer schadenmindernden Drittleistung zeigt also die Verteilung der Verantwortung zwischen Ver-

letzter und Arbeitgeber auf, indem ein über die Haftungsbegrenzung durch den Schutzzweck der §§ 823 Abs. 1 und 2 und 842 BGB hinausgehendes Schutzbedürfnis des Schädigers, das nur auf Kosten Dritter, die lediglich dem Verletzten helfen wollen, gedeckt werden könnte, nicht anerkannt wird. Darin liegt schließlich auch die Rechtfertigung der Entscheidung, die Lohnfortzahlung zu Lasten des Schädigers bei der Aufstellung der Differenzrechnung unberücksichtigt zu lassen, so daß im Ergebnis ein Erwerbsschaden des Arbeitnehmers zu bejahen ist.

5. Die Anerkennung eines Arbeitnehmerschadens

Die normative Schadensauffassung führt demnach im Resultat dazu, daß trotz der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber ein Erwerbsschaden des Arbeitnehmers anzuerkennen ist. Diese Schadensfeststellung erfolgt nicht mehr auf dem von der bisher herrschenden Lehre bevorzugten Wege, den Vermögensschaden rein schematisch mit Hilfe einer Rechenoperation durch Vergleich der Vermögenslagen des Verletzten vor und nach der Verletzungshandlung zu ermitteln. Den einzelnen Bestandteilen des Vermögens des Verletzten ist vielmehr selbständige rechtliche Bedeutung zuzubilligen. Erst mit einer besonderen, am Recht und am Einzelfall orientierten Wertung ist dann zu entscheiden, ob die einzelnen Schadenspositionen in die Differenzrechnung eingestellt werden sollten oder nicht. Ein solches Vorgehen führt im Falle des verletzten und vorübergehend arbeitsunfähigen Arbeitnehmers dazu, daß insbesondere eine Wertung aus dem Zweck der Lohnfortzahlung dazu zwingt, den weitergezahlten Lohn zu Lasten des Ver-

letzers nicht in die Differenzhypothese aufzunehmen.

Es bleibt nun zu prüfen, welchen Einfluß die Feststellung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers auf den Regreß des Arbeitgebers gegen den Verletzer des Arbeitnehmers hat und wie hoch der Schaden des Arbeitnehmers im Einzelfall sein kann.

5. Abschnitt

Die sekundären gesetzlichen Ansprüche des Arbeitgebers

I. Der Ausgleichsanspruch aus einer Gesamtschuld

1. Der Begriff der Gesamtschuld.

- a) Lehnt man einen Anspruch des Arbeitgebers aus den §§ 823 ff. BGB ab, so wäre ihm auch damit geholfen, daß der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers im Wege einer cessio legis als Ausgleichsanspruch aus einer Gesamtschuld nach § 426 Abs. 2 BGB auf ihn überginge. Die Schadensberechnung müßte dann allerdings in der Person des Arbeitnehmers erfolgen. Vor der Feststellung und Berechnung des Arbeitnehmer-schadens muß jedoch geprüft werden, ob zwischen dem Arbeitgeber und dem Verletzer des Arbeitnehmers überhaupt ein Gesamtschuldverhältnis bestehen kann.

Die Voraussetzungen einer Gesamtschuld im Sinne der §§ 421 ff. BGB sind seit Inkrafttreten des BGB umstritten. Bei der Entscheidung der Frage, ob Arbeitgeber und Deliktsschuldner als Gesamtschuldner anzusehen sind, soll die Erörterung auf die heute hauptsächlich vertretenen Ansichten beschränkt werden, da die älteren Meinungen nur noch historisch interessant sind ¹⁾.

In der heutigen Diskussion über den Gesamtschuldbe-griff stehen nebeneinander die Begriffe der echten, unechten und scheinbaren Gesamtschuld, die in den

1) Vgl. zum älteren Schrifttum R. Schmidt, Unechte Solidari-tät, 1 ff.

einzelnen Darstellungen zudem noch mit teilweise von einander abweichenden Definitionen versehen werden ¹⁾.

Titze versteht unter echten Gesamtschulden nur solche Schuldnermehrheiten, bei denen die Schuldner den gleichen Gegenstand schulden und bei denen die Verbindlichkeiten denselben Entstehungsgrund haben oder bei denen der Schuldner sich durch Beitritt die Obligationen anderer zueigen macht. Auf andere, insbesondere "zufällige" Schuldnermehrheiten will er die Ausgleichsregeln der Gesamtschuld nicht anwenden ²⁾.

Klingmüller definiert das Gesamtschuldverhältnis als "eine Mehrheit von Schuldverhältnissen, welche sowohl durch die Identität des Leistungsgegenstandes wie auch durch die Identität des obligatorischen Zweckes (der subjektiven causa) mit einander verbunden sind" ³⁾. Auch er will die Ausgleichsvorschriften des § 426 BGB auf unechte Gesamtschuldverhältnisse nicht anwenden ⁴⁾.

1) Vgl. zum Begriff der Gesamtschuld aus dem neueren Schrifttum: Klingmüller 31 ff.; R. Schmidt, Unechte Solidarität 1 ff.; Titze, S. 137 ff.; Enneccerus-Lehmann, S. 360 ff.; Blomeyer, S. 306 f. und 308 ff.; Esser, Schuldrecht, S. 446 f. und S. 453 f.; Larenz, Schuldrecht I, S. 380 ff.; Selb, Haftung, NJW 1964, 19; Palandt-Danckelmann, § 421 Anm. 1 und 2, § 426 Anm. 1; Erman-Westermann, § 421 Anm. 1 und 2; RGRK-Fischer, § 421 Anm. 3, 5, 7 und 8, § 426 Anm. 1; Soergel-Siebert-Schmidt, § 421 Anm. 7-10; Selb, Schadensbegriff, allgemein zum Gesamtschuldbegriff: S. 11-20, 25-30, 36-41, 51-52, speziell für den Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung: S. 54-57, für den Fall des Schadensausgleichs bei Unterhaltsleistung: S. 73-74.

2) Titze, S. 137 ff.

3) Klingmüller, 64.

4) Klingmüller, 96 ff.

Lehmann will die echten von den unechten Gesamtschuldverhältnissen dadurch unterscheiden, daß den echten Gesamtschulden eine "objektive Zweckgemeinschaft", die bei den unechten Gesamtschuldverhältnissen fehle, zugrundeliegen soll; dabei sind nach dieser Meinung eine Mehrzahl von Schuldnern durch ihren Willen oder durch gesetzliche Vorschriften zum gemeinsamen Zweck der Befriedigung und Sicherung des Gläubigers verbunden ¹⁾. Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung macht die Anerkennung einer echten Gesamtschuld und damit die Anwendbarkeit der §§ 421 ff. BGB vom Vorliegen einer Zweckgemeinschaft unter den Verbindlichkeiten abhängig ²⁾.

Rudolf Schmidt geht zwar ebenfalls von einer Unterscheidung zwischen echten und unechten Gesamtschulden aus, definiert die Begriffe aber nicht eindeutig ³⁾. Nach seiner Ansicht kommt es jedoch auf diese Unterscheidung auch nicht an, da er immer dann, wenn die Voraussetzungen des § 421 BGB gegeben sind, auch die §§ 422 bis 426 BGB für anwendbar hält ⁴⁾. Nach Meinung Schmidts fallen unter den Begriff der "Solidarität" - auch der unechten - nur die Fälle nicht, in denen die Leistung des einen Schuldners den anderen gegenüber dem Gläubiger nicht befreit ⁵⁾.

Esser unterscheidet zwischen echten, unechten und scheinbaren Gesamtschuldverhältnissen. Danach liegt

-
- 1) Enneccerus-Lehmann, S. 361 f.; ebenso Palandt-Danckelmann, § 421 Anm. 2.
 - 2) RGZ 77, 317 (323); RGZ 159, 86 (89); BGHZ 13, 360 (365); auch Enneccerus-Lehmann, S. 362, und Palandt-Danckelmann, § 426 Anm. 1 und 2, wollen § 426 BGB bei unechten Gesamtschulden nicht anwenden.
 - 3) aaO., S. 1 ff.
 - 4) aaO., S. 103.
 - 5) aaO., S. 15; ebenso Erman-Westermann, § 421 Anm. 2 und § 424 Anm. 1; ähnlich auch Soergel-Siebert-Schmidt, § 421 Anm. 10.

eine echte Gesamtschuld dann vor, wenn die Mitschuldner aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde verpflichtet sind; eine unechte Gesamtschuld dann, wenn zwar nicht derselbe tatsächliche und rechtliche Verpflichtungsgrund, wohl aber ein "einheitlicher Befriedigungszweck" gegeben ist. Eine scheinbare Gesamtschuld soll in allen den Fällen vorliegen, in denen zwar mehrere Schuldner dem Gläubiger gegenüber für die ganze Verbindlichkeit haften, im Innenverhältnis aber nicht in gleicher Weise für die Befriedigung des Gläubigers verantwortlich sind, weil einer von ihnen nur vorläufig für den anderen einspringt, der im Ergebnis den gesamten Betrag aufzubringen hat. § 426 BGB ist nach Ansicht Essers nur auf die Fälle echter und unechter, nicht aber auf die scheinbarer Gesamtschuldverhältnisse anwendbar ¹⁾.

Dagegen differenziert Larenz nur zwischen echten und scheinbaren Gesamtschulden. Er will die echten Gesamtschuldverhältnisse, auf die allein er die §§ 422 ff. BGB anwenden will, daran erkennen, daß die Gesamtschuldner nach den zugrunde liegenden vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen auf gleicher Stufe stehen, "als die Leistung eines jeden dem Gläubiger gegenüber allen anderen zugute kommt". Die Feststellung der Gleichstufigkeit ist nach Larenz eine Wertungsfrage, die in § 255 BGB einen unvollkommenen Ausdruck gefunden habe, da in dieser Vorschrift eine Gleichstufigkeit verneint werde ²⁾.

Zur Entscheidung der Frage, ob Arbeitgeber und Deliktsschuldner gegenüber dem Arbeitnehmer als Ge-

1) Esser, Schuldrecht, S. 447 und S. 453 f.

2) Larenz, Schuldrecht I, S. 390; im Ergebnis ebenso Selb, Schadensbegriff, S. 20 u. 51; zustimmend auch Raisch, JZ 1965, 705.

samtschuldner anzusehen sind, ist zunächst eine Klärung der Voraussetzungen der Gesamtschuld und damit der Anwendbarkeit des § 426 Abs. 2 BGB erforderlich. Denn nur dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, steht dem Arbeitgeber auch ein Ausgleichsanspruch zu, wie Dietz und Breithaupt annehmen ¹⁾. Man muß also auf die verschiedenen Thesen zur Gesamtschuld eingehen.

- b) Die Lehre Titzes ²⁾, bei der echten Gesamtschuld müsse der gleiche Gegenstand aus demselben Entstehungsgrund geschuldet werden oder aber der Schuldner müsse sich durch nachträglichen Beitritt die Obligationen der anderen Schuldner zueigen machen, ist insbesondere deshalb nicht zu halten, weil die Haftung der Gesamtschuldner auch auf verschiedenen, von einander unabhängigen Verträgen beruhen kann, ohne daß ein Wille zum Schuldbeitritt nötig ist ³⁾. Eine Gesamtschuld kann zudem auch bei einem Zusammentreffen von vertraglicher und deliktischer Haftung gegeben sein ⁴⁾. Auch die gesetzlich angeordnete Gesamtschuld der §§ 840 Abs. 1, 841 BGB setzt keinen einheitlichen Schuldgrund voraus ⁵⁾.

Die Ansicht Titzes, die zeitweise auch vom Reichsgericht ⁶⁾ vertreten wurde, wird deshalb heute ein-

1) Dietz, NJW 1952, 589; Breithaupt, NJW 1953, 97.

2) Titze, S. 137 ff.

3) Vgl. z.B. § 59 VVG für den Fall der Doppelversicherung, Soergel-Siebert-Schmidt, § 421 Anm. 7.

4) RGZ 82, 436.

5) Selb, Schadensbegriff, S. 13.

6) RGZ 61, 56 (61); RGZ 67, 128 (131); RGZ 70, 405 (410); RGZ 79, 288 (291); RGZ 96, 136.

hellig abgelehnt ¹⁾.

Auch die Lehre Klingmüllers ²⁾ von der Identität des obligatorischen Zwecks bei gleichzeitiger Identität des Leistungsgegenstandes oder von der gesetzlich angeordneten Zweckgemeinschaft ist im Ergebnis zu verneinen ³⁾. Zwar verschrägt der Vorwurf nicht, der dieser Ansicht am häufigsten gemacht wird, daß nämlich ein gemeinsamer Befriedigungswille den mehreren Schuldner in der Regel bei einer gesetzlich angeordneten Gesamtschuld fehle ⁴⁾, weil Klingmüller die gesetzlich angeordnete Gesamtschuld der subjektiven Zweckgemeinschaft gleichstellt ⁵⁾.

Klingmüller erkennt jedoch eine subjektive Zweckgemeinschaft auch für die Fälle an, in denen ein zwar leistungspflichtiger, aber nur vorläufig haftender Schuldner für den im Endeffekt allein haftenden Schuldner einspringt ⁶⁾. Die Gefahr, daß dann etwa der Dieb einer Sache durch die Zahlung des fahrlässigen Verwahrers frei würde, will er durch Anwendung des § 255 BGB zugunsten der Billigkeit korrigieren ⁷⁾. Klingmüller konstruiert damit eine Ge-

1) Enneccerus-Lehmann, S. 362; Blomeyer, S. 306 f.; Larenz, Schuldrecht I, S. 386 f.; Palandt-Danckelmann, § 421 Anm. 1; RGRK-Fischer, § 421 Anm. 5; Soergel-Siebert-Schmidt, § 421 Anm. 7.

2) Klingmüller, 64.

3) R. Schmidt, Unechte Solidarität, 52; Enneccerus-Lehmann, S. 361 Anm. 3; Larenz, Schuldrecht I, S. 389; Selb, Schadensbegriff, S. 14 Anm. 11.

4) R. Schmidt, aaO.; Enneccerus-Lehmann, aaO.; Larenz, aaO.

5) Klingmüller, aaO.

6) aaO., 76 ff.

7) aaO., 78 ff.

samtschuld ohne die Gesamtwirkung der Erfüllung, verzichtet also auf eine ihrer wichtigsten Funktionen ¹⁾.

Lehmann geht bei der Begründung seiner auch von der Rechtsprechung übernommenen Lehre von der objektiven Zweckgemeinschaft mit Recht davon aus, daß die §§ 422 ff. BGB auf einen über den Wortlaut des § 421 BGB hinausgehenden inneren Zusammenhang zwischen den Verbindlichkeiten der Gesamtschuldner schließen lassen ²⁾. Die objektive Zweckgemeinschaft eignet sich aber nicht als Kriterium zur Feststellung dieses Zusammenhangs.

Versteht man die Zweckgemeinschaft ausschließlich subjektiv, so liegt sie nur vor, wenn die Gesamtschuldner, wie etwa im Falle des § 427 BGB, bewußt denselben Zweck, nämlich die Sicherstellung und Befriedigung des Gläubigers, verfolgen ³⁾. Dagegen kann man die objektive Zweckgemeinschaft nur mit der Identität des Leistungsinteresses gleichsetzen, die aber bei unechten und scheinbaren Gesamtschulden ebenfalls gegeben ist, da auch hier dasselbe Interesse des Gläubigers befriedigt werden soll ⁴⁾. Eine Identität des Leistungsinteresses besteht aber auch dann, wenn mehrere Forderungen kumuliert werden, wenn also beispielsweise für denselben Bedarf zwei

1) Selb, Schadensbegriff, S. 14 Anm. 11.

2) Enneccerus-Lehmann, S. 361 f.

3) Soergel-Siebert-Schmidt, § 421 Anm. 9; Larenz, Schuldrecht I, S. 389; Dilcher, JZ 1967, 111 f.

4) R. Schmidt, Unechte Solidarität, 51; Larenz, aaO.; Soergel-Siebert-Schmidt, aaO.

Verträge abgeschlossen werden ¹⁾.

Rudolf Schmidt ²⁾, der bei der Erfüllung der Voraussetzungen des § 421 BGB auch die §§ 422 ff. BGB anwenden will, soweit nicht für § 424 BGB deshalb, weil der Gläubiger berechtigterweise die Leistung gerade von einem der Gesamtschuldner fordert, eine Ausnahme geboten ist, berücksichtigt den aus den §§ 422 ff. BGB ersichtlichen inneren Zusammenhang zwischen den einzelnen Verbindlichkeiten nicht ³⁾ und kommt so zu teilweise unhaltbaren Lösungen. So soll zwar nach seiner Ansicht der Dieb einer Sache, der diese noch besitzt, durch die Zahlung des fahrlässigen Verwahrers von seiner Schadensersatzpflicht nicht befreit werden, wohl aber der Brandstifter durch das Einspringen des Trägers der Baulast und der Verletzer durch das Eintreten der Versicherung ⁴⁾.

Diese unterschiedlichen und aus Gründen der Gerechtigkeit unhaltbaren Vorschläge sind nur darauf zurückzuführen, daß Schmidt die Gesamtwirkung der Erfüllung und auch die anderen Vorschriften der §§ 442 ff. BGB, die auf eine Wechselwirkung zwischen den verschiedenen Verbindlichkeiten der Gesamtschuldner

1) Selb, Schadensbegriff, S. 13, verweist hier auf das Beispiel des Bauherrn, der für denselben Bedarf zwei Lieferungsverträge schließt, um so wenigstens von einem der Lieferanten mit Sicherheit bedient zu werden, und auf den Fall der Doppelversicherung desselben Interesses, der bis zur Einführung des § 59 VVG im Jahre 1939 von der Rechtsprechung nicht als Fall der Gesamtschuld angesehen wurde, so daß die Haftpflichtversicherer intern keinen Ausgleich nach § 426 BGB erzwingen konnten; vgl. den Hinweis Selbs, aaO., Anm. 8, auf RGZ 149, 365.

2) aaO., 103.

3) Enneccerus-Lehmann, S. 360 f.; RGRK-Fischer, § 421 Anm. 3.

4) R. Schmidt, aaO., 15 ff. u. 54 ff.

abzielen, auf Regreßsituationen angewendet, bei denen dieses innere Band fehlt.

Aus dem gleichen Grunde ist auch die Ansicht von Soergel-Siebert-Schmidt, eine Gesamtschuld liege vor, sobald die Voraussetzungen des § 421 BGB erfüllt seien, unzutreffend ¹⁾. Die Prämissen der Gesamtschuld haben in § 421 BGB einen nur unvollkommenen Ausdruck gefunden. Da die Vorschrift den inneren Zusammenhang zwischen den Gesamtschulden, den die §§ 422 ff. BGB postulieren, nicht erwähnt, ist sie, für sich genommen, als Grundlage einer Definition des Gesamtschuldbegriffs ungeeignet.

Allen bisher behandelten Theorien über die Gesamtschuld ist demnach gemeinsam, daß sie den inneren Zusammenhang, der unter den mehreren Verbindlichkeiten gegeben sein muß, gar nicht oder nicht richtig festlegen. Den richtigen Weg geht hier nur Larenz, der die Frage nach dem inneren Zusammenhang als Frage einer rechtlichen Wertung begriffen hat ²⁾. Larenz deutet die in den §§ 421 ff. BGB enthaltenen Wechselwirkungen zwischen den Gesamtschulden so, daß die Schuldner intern auf gleicher Stufe stehen, daß sie also in gleichem Maße für die Befriedigung des Gläubigers verantwortlich sind, während extern der Gläubiger die Leistung aller nur einmal erhalten soll. Diese Gleichstufigkeit läßt sich dann aber nur dadurch feststellen, daß man - wie Larenz es vorschlägt - die Rechtsbeziehungen der Gesamtschuldner untereinander einer rechtlichen Wertung unterwirft ³⁾. Zusätzlich muß man aber auch noch das Ver-

1) Soergel-Siebert-Schmidt, § 421 Anm. 10.

2) Larenz, Schuldrecht I, S. 389 f.

3) Larenz, aaO.

hältnis des jeweiligen Gesamtschuldners zum Gläubiger in diese rechtliche Wertung einbeziehen. Inwieweit hier, wie Larenz meint, § 255 BGB zur Feststellung der Gleichstufigkeit herangezogen werden kann, soll bei der Prüfung, ob Arbeitgeber und Deliktschuldner gleichstufig leistungspflichtig sind, erörtert werden. Wo mehrere Obligationen, wie im Falle des verletzten Arbeitnehmers, durch denselben Schaden verklammert werden, ist es auch gerechtfertigt, eine Gesamtschuld nur insoweit anzuerkennen, als die einzelnen Verpflichtungen aus einer Handlung herrühren, die den Schaden verursacht oder mitverursacht hat ¹⁾.

Gegen diese These von der Gleichstufigkeit der Leistungspflichten der Gesamtschuldner läßt sich nicht einwenden, das Ausgleichsverhältnis des § 426 BGB sei für die Kennzeichnung des Gesamtschuldverhältnisses nicht relevant; außerdem müsse bei einer Haftung wegen Vorsatzes bei dem einen Schuldner und bei einer Haftung wegen Fahrlässigkeit bei dem anderen eine Gesamtschuld verneint werden, da dann eine Gleichstufigkeit fehle ²⁾. Die Gleichstufigkeit soll ja nicht nur durch § 426 BGB festgestellt werden; auch die anderen Rechtsbeziehungen der Schuldner untereinander und gegenüber dem Gläubiger sowie die Beantwortung der Frage, ob die Wechselwirkungen der §§ 422 ff. BGB sich zwanglos in diese Beziehungen einfügen, ist bei der Prüfung einer Gleichstufigkeit zu bedenken. Wenn mehrere Schuldner demselben Gläubiger, teils aus Vorsatz und teils aus Fahrlässigkeit haften, so schließt das die Annahme einer Gesamtschuld mangels einer Gleichstufigkeit nicht aus, da ein unterschiedlicher Verschul-

1) Dilcher, JZ 1967, 114.

2) RGRK-Fischer, § 421 Anm. 8.

densgrad über die Bewertung der Rechtsbeziehungen der Schuldner noch nichts aussagt.

Die §§ 421 ff. BGB sind demnach auf alle die Fälle, in denen eine Gleichstufigkeit unter den Verpflichtungen der Schuldner nicht vorliegt, unanwendbar ¹⁾. Die Unterscheidung zwischen echten, unechten und scheinbaren Gesamtschulden, wie Esser ²⁾ sie trifft, trägt zur Lösung der Gesamtschuldfrage nichts bei. Sie basiert darauf, daß ursprünglich in allen Fällen, in denen der Gläubiger die Leistung nur einmal erhalten sollte, je nach der Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit des Entstehungsgrundes der Verbindlichkeit zwischen echten und unechten Gesamtschuldverhältnissen unterschieden wurde. Mit der Durchsetzung der Lehre Oertmanns ³⁾ vom Vorteilsausgleich, wonach die Zahlung des einen von mehreren auf dieselbe Leistung verpflichteten Schuldnern dem anderen Schuldner nicht in jedem Falle zugute kam, wurde der Begriff der scheinbaren Gesamtschuld eingeführt, obwohl ohne die Gesamtwirkung der Erfüllung eine rechtlich gleichstufige Leistungspflicht und damit eine Gesamtschuld gar nicht gegeben war ⁴⁾.

Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Verletzer des Arbeitnehmers kommt also nur in Frage, wenn beide gegenüber dem Arbeitnehmer gleichstufig leistungspflichtig sind.

1) Larenz, aaO.

2) Esser, Schuldrecht, S. 446 ff. u. S. 453.

3) Oertmann, Vorteilsausgleichung.

4) Selb, Schadensbegriff, S. 14-16.

2. Die Ablehnung einer "gleichwertigen Leistungspflichtigkeit" zwischen Lohnfortzahlungs- und Deliktsschuldner

- a) Die Feststellung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers und eines daraus gegen seinen Verletzer herzu leitenden Schadensersatzanspruchs ist zur Entscheidung der Frage von Bedeutung, ob zwischen Arbeitgeber und Deliktsschuldner ein Gesamtschuldverhältnis besteht, ob sie also dem Arbeitnehmer gegenüber gleichwertig leistungspflichtig sind. Die erste Voraussetzung jeder Gesamtschuld, nämlich das Bestehen mehrerer Ansprüche desselben Gläubigers, die auf Befriedigung desselben Interesses gerichtet sind, gegen verschiedene Schuldner, ist durch das Bestehen der Lohnfortzahlungs- und der Deliktsschuld erfüllt. Beide Verpflichtungen sollen das Einkommen des Arbeitnehmers garantieren. Es fragt sich aber, ob sich die in den §§ 421 ff. BGB enthaltenen Wechselwirkungen zwischen den mehreren Gesamtschulden auf das Verhältnis der Verbindlichkeiten von Arbeitgeber und Schädiger übertragen lassen, ob also beide Schuldner intern haftungsmäßig auf gleicher Stufe stehen.

Dem widerspricht zunächst schon § 422 BGB, da sich die Erfüllung durch den Arbeitgeber oder den Schädiger nicht zugunsten desjenigen von beiden auswirken darf, der noch nicht geleistet hat. Denn der Arbeitgeber ist ja, wie sich aus der Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung ergibt ¹⁾, in jedem Falle zur Weiterzahlung des Lohns verpflichtet, also auch im Falle einer Zahlung des Verletzers an den Arbeitnehmer. Andererseits befreit die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber den Schädiger ebenfalls nicht, weil dadurch die Schadensersatzforderung nicht zu seinen

1) Vgl. oben, S. 27 f.

Gunsten getilgt wird ¹⁾. Die Wechselwirkung der Erfüllung bei der Gesamtschuld gemäß § 422 BGB greift demnach im vorliegenden Falle nicht ein, womit bereits eine ihrer wichtigsten Funktionen ausfällt.

Ebenso findet sich aber auch bei einem zwischen dem Arbeitnehmer einerseits und dem Arbeitgeber oder Schädiger andererseits abgeschlossenen Erlaßvertrag (§ 423 BGB) keine Wechselwirkung. Einem Erlaßvertrag zugunsten des Arbeitgebers steht wiederum die Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung entgegen, während ein Erlaßvertrag zugunsten des Schädigers dem Arbeitnehmer dann Schwierigkeiten bereiten würde, wenn ihn eine Verpflichtung zwänge, seinen Schadensersatzanspruch an den Arbeitgeber abzutreten. Wegen der Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung kann aber auch ein Annahmeverzug (§ 424 BGB) des Arbeitnehmers bei Annahme der Schadensersatzleistung des Schädigers keinen Einfluß auf die Pflicht des Arbeitgebers haben, den Lohn weiterzuzahlen, während andererseits ein Annahmeverzug des Arbeitnehmers bei Annahme des Lohnes praktisch nicht relevant wird, außerdem aber den Schädiger auch nicht entlasten dürfte, weil der Zweck der Lohnfortzahlung ja gerade dazu führt, daß sein Interesse an einer Haftungsbegrenzung durch die Lohnfortzahlung nicht berücksichtigt wird ²⁾.

- b) Außerdem paßt aber auch die Regelung des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die Gesamtschuldner intern, soweit nichts anderes bestimmt ist, zu gleichen Teilen haften, nicht zu dem Verhältnis von Arbeitgeber und Schädiger.

1) Vgl. oben, S. 135 f.

2) Vgl. oben, S. 135 f.

Eine anderweitige Bestimmung über die Verteilung der Leistungspflichten zwischen Arbeitgeber und Schädiger ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Insbesondere scheidet eine Verteilung mit Hilfe des § 254 BGB ¹⁾ aus, da eine Abwägung entsprechend dem beiderseitigen Verschulden und der beiderseitigen Verursachung nicht möglich ist, weil der Arbeitgeber ja mit der Verletzungshandlung des Schädigers nichts zu schaffen hat.

Bei einem Vergleich der Verpflichtungen von Arbeitgeber und Schädiger erweist sich außerdem, daß beide nicht in gleichem Maße, also nicht anteilig im Sinne des § 426 BGB, zur Leistung verpflichtet sind. Zwar ergibt sich das nicht, wie es Larenz zur Feststellung der Gleichstufigkeit vorschlägt ²⁾, aus einer entsprechenden Anwendung des § 255 BGB, weil der Arbeitgeber, wie bereits oben ³⁾ gesagt, nicht einem Verwahrer gleichsteht, der für den Verlust einer Sache Ersatz leisten muß. Wenn aber der Arbeitgeber wegen der Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung trotz einer Schadensersatzleistung des Schädigers in jedem Falle zur Weiterzahlung genötigt ist, andererseits der Schädiger einen trotz der Lohnfortzahlung eingetretenen Schaden des Arbeitnehmers zu decken hat, so resultiert schon daraus, daß jeder von beiden seine Leistung trotz der Leistungspflicht des anderen in voller Höhe zu erbringen hat, daß intern eine anteilige Aufteilung der Leistungspflicht zwischen Arbeitgeber und Schädiger gar nicht möglich ist. Es ist dies letztlich eine Folge der Unabdingbarkeit der Lohnfortzahlung und der Ablehnung eines

1) Blomeyer, S. 307; Erman-Westermann, § 426 Anm. 5; Soergel-Siebert-Schmidt, § 426 Anm. 11; RGRK-Fischer, § 426 Anm. 11.

2) Larenz, Schuldrecht I, S. 389 ff.

3) Vgl. oben, S. 120 f.

Vorteilsausgleichs zu Lasten des Schädigers.

- c) Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Schädiger einerseits und dem Arbeitnehmer andererseits die Vorschriften, welche die Wechselwirkung zwischen den Gesamtschulden festlegen, unanwendbar sind. Außerdem paßt auch die Regelung des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB über eine Aufteilung der Leistungspflicht zwischen mehreren Gesamtschuldnern nicht auf dieses Dreiecksverhältnis. Das zeigt, daß intern zwischen Arbeitgeber und Schädiger eine gleichstufige Leistungspflichtigkeit fehlt. Wenn Arbeitgeber und Schädiger deshalb nicht Gesamtschuldner im Sinne der §§ 421 ff. BGB sind, so kommt zugunsten des Arbeitgebers auch keine *cessio legis* nach § 426 Abs. 2 BGB in Betracht.

II. Der Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitgebers aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag

In der Literatur wird vereinzelt ein Anspruch des Arbeitgebers gegen den Deliktsschuldner aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag anerkannt, weil der Arbeitgeber durch die Lohnfortzahlung einen Schaden des Arbeitnehmers beseitigt und damit eine Verpflichtung des Schädigers erfüllt habe ¹⁾.

Dieser Regreßweg erscheint zunächst schon deshalb fragwürdig, weil § 677 BGB über die GoA sagt, der Geschäftsführer habe das Geschäft für einen anderen zu besorgen,

1) Nipperdey, ZAkDR 1938, 263; Dietz, NJW 1952, 589; Herbst, RdA 1952, 300; der BGH (13, 360 -366-) läßt die Frage offen.

ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu legitimiert zu sein. Der Arbeitgeber erfüllt mit der Lohnfortzahlung aber eine eigene Verpflichtung gegenüber dem Arbeitnehmer. Jedoch ist anerkannt, daß eine GoA nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Geschäftsführer neben den fremden auch eigene Interessen verfolgt. Voraussetzung ist dann nur, daß der Geschäftsführer, hier also der Arbeitgeber, gegenüber dem Geschäftsherrn (Schädiger) nicht durch einen Auftrag oder aus einem anderen rechtlichen Grunde zur Geschäftsbesorgung verpflichtet ist und daß er subjektiv den Willen zur Fremdgeschäftsführung hat ¹⁾.

Ein Fremdgeschäftsführungswille des Arbeitgebers könnte an sich im Einzelfall bejaht werden, wenn nämlich der Arbeitgeber im Augenblick der Weiterzahlung des Lohns von der Schadensersatzpflicht des Verletzers Kenntnis hat und deshalb von vornherein plant, sich seine Leistung später vom Schädiger erstatten zu lassen. Dagegen fehlt es mit Sicherheit objektiv an einer Geschäftsführung des Arbeitgebers für den Schädiger. Denn die Feststellung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers und damit einer Schadensersatzpflicht des Verletzers ohne Rücksicht auf die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber bewirkt ja gerade, daß der Arbeitgeber durch die Lohnfortzahlung die Verbindlichkeit des Schädigers gegenüber dem Arbeitnehmer nicht mitteilt. Mit anderen Worten: Dem Schädiger nützt die Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber nichts. Der Arbeitgeber übernimmt demnach mit der Lohnfortzahlung kein Geschäft, das zugleich auch den Interessenbereich des Schädigers tangiert, sondern ausschließlich ein eigenes ²⁾. Ein Aufwendungsersatzanspruch des Ar-

-
- 1) Enneccerus-Lehmann, S. 698 ff.; Palandt-Gramm, § 677 Anm. 2e; Erman-Hauß, vor § 677 Anm. 3; RGRK-Denecke, § 677 Anm. 2 u. § 683 Anm. 2; Staudinger-Nipperdey, § 677 Anm. 15-17; RGZ 63, 280 (283); BGHZ 16, 12 (16) m. weiteren Nachweisen; a.A. von Caemmerer, NJW 1963, 1403, der eine GoA nur dann anerkennen will, wenn die Geschäfte eines anderen aus altruistischen Gründen besorgt worden sind, nicht aber bei der gleichzeitigen Erfüllung eigener Pflichten; ihm folgend Frotz, JZ 1964, 669.
- 2) Selb, Schadensbegriff, S. 31 f.; Sieg, JZ 1954, 340.

beitgebers gegen den Schädiger aus einer GoA kommt also nicht in Betracht.

III. Der Herausgabeanspruch des Arbeitgebers aus ungerechtfertigter Bereicherung

Weiterhin bleibt zu überlegen, ob der Arbeitgeber - wie vereinzelt angenommen wird ¹⁾ - durch die Lohnfortzahlung gegen den Schädiger in Höhe des weitergezahlten Lohns einen Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erwerben kann.

Gegen die Anerkennung eines Bereicherungsanspruchs des Arbeitgebers spricht aber dasselbe Argument, das auch einen Anspruch aus einer GoA ausschließt. Die unbewußte Tilgung einer fremden Schuld durch die Begleichung einer eigenen Verbindlichkeit kann zwar eine Leistung im Sinne des Bereicherungsrechts, die dem Schuldner der mitgetilgten Forderung unmittelbar zugute kommt, darstellen ²⁾. Im vorliegenden Falle fehlt es aber gerade an einer Mitteilung, da durch die Ablehnung einer Vorteilsausgleichung die Lohnfortzahlung den Schädiger nicht entlastet, weil die Schadensersatzforderung des Arbeitnehmers gegen ihn durch die Lohnfortzahlung nicht getilgt wird. Wenn die Schadensersatzpflicht des Schädigers jedoch nach der Lohnfortzahlung in voller Höhe weiterbesteht, kann er auch nicht bereichert sein ³⁾. Ein Anspruch des Arbeitgebers aus ungerechtfertigter Bereicherung entfällt demnach ebenfalls.

1) Nipperdey, ZAKDR 1938, 263; Herbst, RdA 1952, 300.

2) Selb, Schadensbegriff, S. 36, hat schon gegen die Gleichsetzung von unbewußter, notwendiger Mitteilung und Mit-erfüllung Bedenken.

3) Sieg, JZ 1954, 340; Selb, Schadensbegriff, S. 35; Esser, Schuldrecht, 274.

IV. Die Geltendmachung des Schadens des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer im Wege einer Schadensliquidation im Drittinteresse

1. Die Schadensliquidation im Drittinteresse in Literatur und Rechtsprechung

Besondere Bedeutung für die Frage eines Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung gewinnt die Geltendmachung des Arbeitgeberschadens durch den Arbeitnehmer im Wege einer Drittschadensliquidation. In der Literatur wird des öfteren argumentiert, der Arbeitgeber könne mit Hilfe des Arbeitnehmers über eine Drittschadensliquidation gegen den Schädiger vorgehen, "weil das vermögensrechtliche Interesse an dem verletzten Gut (der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers) im Augenblick der Rechtsverletzung aufgrund besonderer Rechtsbeziehungen nicht beim Inhaber selbst, sondern bei einem Dritten (dem Arbeitgeber) lag" ¹⁾ oder weil "der aus dem Vertrag Berechtigte und der Träger des durch den Vertrag (mit-)geschützten Interesses verschiedene Personen sind (Fall der Schadensverlagerung)" ²⁾.

Hier sind zunächst die in Literatur und Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für die Anerkennung einer Drittschadensliquidation zu untersuchen. Dabei kann darauf verzichtet werden, auf die zahlreichen älteren Lösungsversuche zu dieser Frage ³⁾ einzugehen, da sie,

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341 Anm. 84.

2) Palandt-Danckelmann, Anm. 6d u. 6e vor § 249; ebenfalls für eine Drittschadensliquidation im vorliegenden Fall Breithaupt, NJW 1953, 97; Offerhaus, BB 1963, 774; Erman, § 249 Anm. 9e 7; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 49; wohl auch Reinicke, NJW 1956, 1464; a.A. Taube, VersR 1953, 95; Machleid, DRiZ 1953, 124 Anm. 4; Sieg, JZ 1954, 340; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 690.

3) Vgl. hierzu Reinhardt, Drittschaden, S. 26-90; Tägert, S. 5-9; Oertmann, Vorbem. 3b vor § 249; Planck-Siber, § 249 Anm. 6.

ähnlich wie die älteren Ansichten über die Gesamtschuld ¹⁾, heute nur noch von rechtshistorischer Bedeutung sind. Auch ein Eingehen auf die Lehren Neuners und Reinhardts ist nicht mehr erforderlich, weil diese bereits bei der Feststellung eines Vermögensschadens des Arbeitnehmers behandelt wurden ²⁾.

Der in Literatur und Rechtsprechung in erster Linie zitierte Grundgedanke der Schadensverlagerung als erster Voraussetzung einer Drittschadensliquidation ist besonders von Tägert entwickelt worden. Tägert will in jenen Fällen den Schaden eines nur mittelbar verletzten Dritten ersetzen lassen, in denen er sich als das Ergebnis einer Schadensverlagerung von dem unmittelbar Verletzten auf den Dritten darstellt. Der Schädiger soll nach Ansicht Tägerts in diesen Fällen nicht entlastet werden und den Schaden des Dritten deshalb ersetzen, weil zu seinen Lasten keine Schadensmultiplikation eingreife und weil auch die Einheit des subjektiven Bezugspunktes des Schadens gewahrt bleibe, da der Dritte lediglich an die Stelle des unmittelbar Verletzten trete. Auch wenn dem Dritten ein höherer Schaden als dem Verletzten selbst entstehe, werde der Schädiger nicht unbillig benachteiligt, da einem Vertragsschuldner im Falle einer Abtretung durch den Gläubiger an einen Dritten dieselbe Gefahr drohe ³⁾. Tägert will deshalb in Fällen der Schadensverlagerung einen gewohnheitsrechtlich begründeten Einbruch in das Dogma vom Gläubigerinteresse anerkennen ⁴⁾.

Über dieses Moment der Schadensverlagerung durch ein

1) Vgl. oben, S. 137.

2) Vgl. oben, S. 85 ff.

3) Tägert, S. 36.

4) Tägert, aaO., S. 37.

Auseinanderfallen von Recht und geschütztem Interesse hinaus fordern Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur ¹⁾ zusätzlich und entgegen der Ansicht Tägers ²⁾, daß der unmittelbar Verletzte, der ja den Schaden des Dritten gegen den Schädiger geltend machen soll, hierzu diesem Dritten aufgrund einer besonderen Interessenverknüpfung verpflichtet ist; der Verletzte muß demnach dem mittelbar betroffenen Dritten gegenüber die Stellung eines Treuhänders innehaben, die ihn zur Geltendmachung des Drittschadens verpflichtet.

Von diesen Voraussetzungen ausgehend haben Literatur und Rechtsprechung bei verschiedenen typischen Fallkonstellationen die Liquidation des Drittinteresses als zulässig anerkannt. Das gilt besonders für die Fälle der mittelbaren Stellvertretung (insbesondere die der Kommission) ³⁾, des Versandungskaufs (insbesondere der Spedition) ⁴⁾ und der Inobhutgabe von Sachen oder Personen ⁵⁾.

Diese Grundsätze der Drittschadensliquidation treffen nach Ansicht des Reichsgerichts auch für den Ersatz von Drittschäden zu, die durch unerlaubte Handlungen entstanden sind. So hat das Reichsgericht in einem Falle, in dem eine Grundstückskäuferin, die im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung handelte, durch die unvollständige Beurkundung eines Notars beschwert wor-

-
- 1) Enneccerus-Lehmann, S. 83; RGRK-Nastelski vor § 249 Anm. 61-63; Taube, VersR 1953, 95; Sieg, JZ 1954, 340; Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 690.
 - 2) Täger, S. 45 u. 53.
 - 3) Täger, S. 41; RGZ 58, 39 (42); RGZ 125, 76 (77).
 - 4) Täger, S. 38; RGZ 62, 331 (334 f.); RGZ 113, 250 (254); RGZ 115, 419 (425).
 - 5) Täger, S. 44 u. 46; RGZ 87, 289; RGZ 93, 39 (40-41); z.T. abw. RGZ 97, 87 (88).

den war, diesen zum Ersatz des der Auftraggeberin entstandenen Schadens verurteilt ¹⁾.

Dennoch hat der Bundesgerichtshof, der den Arbeitgeber ja nur als mittelbar verletzt ansieht ²⁾, die Voraussetzungen einer Drittschadensliquidation im Zusammenhang mit der Frage nach einem Schadensausgleich bei Lohnfortzahlung nicht geprüft. Geht man von der herrschenden Meinung zur Drittschadensliquidation aus, so kommt ein Anspruch des Arbeitgebers aus dieser Anspruchsgrundlage auch nicht in Betracht. Denn es mangelt einmal an einer Schadensverlagerung von dem Arbeitnehmer auf den Arbeitgeber, da das Interesse des Arbeitgebers darauf abzielt, daß sein Gewinn nicht gemindert wird, während der Arbeitnehmer sein Einkommen ungeschmälert weiterbeziehen will; die beiderseitigen Interessen entsprechen sich demnach, wie oben ausführlich dargelegt worden ist ³⁾, der Höhe nach nicht. Es entfällt also die von Tägert gesetzte Voraussetzung, daß der Schaden seinen subjektiven Bezugspunkt behalte und der Dritte lediglich an die Stelle des unmittelbar Verletzten trete ⁴⁾. Zum anderen fehlt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aber auch eine Interessenverknüpfung, welche den Arbeitnehmer zwingen könnte, den Schaden des Arbeitgebers als dessen Treuhänder geltend zu machen, denn der Arbeitnehmer nimmt bei seiner Lohnforderung nicht nach außen hin Interessen des Arbeitgebers wahr, sondern er verfolgt ausschließ-

1) RG HRR 1927, 345; ähnlich OLG Kiel HRR 1938, 673; zweifelnd RG HRR 1934, 1277.

2) BGHZ 7, 30 (33 ff.).

3) Vgl. oben, S. 30 ff.; ferner Siebert, Schadensersatz und Lohnfortzahlung, S. 690; Herbst, RdA 1952, 300; unrichtig insoweit Offerhaus, BB 1963, 774.

4) Tägert, S. 36.

lich intern eigene Interessen ¹⁾.

2. Die Kritik an der herrschenden Lehre zur Schadensliquidation im Drittinteresse

- a) Die bisher herrschenden Thesen zur Drittschadensliquidation werden jedoch neuerdings von Selb einer berechtigten Kritik unterzogen ²⁾. Selb analysiert die einzelnen, unter dem Stichwort der Drittschadensliquidation zusammengefaßten Fallgestaltungen auf ihre Übereinstimmung mit den Kriterien der Schadensverlagerung, der Interessenverknüpfung und der Drittschädigung. Er kommt mit Recht zu dem Ergebnis, daß die Drittschadensthese der herrschenden Lehre keine allgemeine Lösungskategorie bieten ³⁾ und daß sich bei der Erörterung der Drittschadensfälle, denen eine Schadensverlagerung zugrunde liegt, die durch eine Gefahrtragungsregel bewirkt worden ist, die schon im Rahmen der Lehre über die Vorteilsausgleichung behandelte Frage stellt, ob eine Unterscheidung zwischen dem nachträglich beseitigten und dem von vornherein verhinderten Schaden gerechtfertigt ist ⁴⁾.

Selb ist zunächst darin zuzustimmen, daß das Moment der Schadensverlagerung, wonach der Schaden statt bei dem geschützten unmittelbar Verletzten bei einem Dritten eintritt, nicht für alle Dritt-

1) Taube, VersR 1953, 95; Sieg, JZ 1954, 340; Siebert, aaO.; a.A. Offerhaus, aaO.

2) Selb, Schadensbegriff, S. 41 ff.; ders., NJW 1964, 1765 ff.; im Ergebnis ebenso Kollhosser, AcP 166, 304.

3) Selb, NJW 1964, 1771; ders., Schadensbegriff, S. 41 ff.; ebenso Kollhosser, aaO.

4) Selb, Schadensbegriff, S. 47 ff.; vgl. oben, S. 61 ff.

schadensfälle zutrifft. Das ergibt sich beispielsweise für die Fälle der mittelbaren Stellvertretung daraus, daß neben dem Schaden des Dritten durchaus auch ein Eigenschaden des unmittelbar Verletzten eintreten kann, etwa weil beim Vertreter (Kommissionär) ein Provisionsanspruch entfällt. In den Fällen der Inobhutgabe von Sachen entsteht dagegen stets nur dem Eigentümer selbst ein Schaden, nicht aber dem entlasteten Verwahrer ¹⁾.

Weiterhin liegt auch nicht in jedem Fall ein echter Drittschaden vor, da man dann, wenn der Schaden bei der Berechnung in der Person des Verletzten niedriger oder höher ist als bei einer Berechnung in der Person des Dritten, den Schaden in einigen Drittschadensfällen beim Verletzten selbst, in einigen Fällen aber auch beim Dritten berechnet. So wird beispielsweise bei der Kommission der Schaden des Kommittenten, beim Versendungskauf hingegen der des Versenders zugrunde gelegt ²⁾.

Zudem ist auch das Kriterium der Interessenverknüpfung nicht für alle Drittschadensfälle brauchbar, denn eine Treuhandstellung und Interessenverknüpfung, welche den unmittelbar Verletzten zur Mitwahrnehmung der Interessen des nur mittelbar betroffenen Dritten verpflichtet, gilt nur für die Fälle mittelbarer Stellvertretung, da die Interessenverknüpfung lediglich hier zur Begründung einer Drittschadensliquidation dient, während sie in allen anderen Fällen nicht der Begründung, sondern nur der Abwicklung der Schadensliquidation gilt ³⁾.

1) Selb, NJW 1964, 1766 f.; ders., Schadensbegriff, S. 42 ff.

2) Selb, NJW 1964, 1767 f.; ders., Schadensbegriff, aaO.

3) Selb, NJW 1964, 1769; ders., Schadensbegriff, S. 45 f.

Schließlich ist Selb auch darin beizupflichten, daß in solchen Fällen, in denen eine echte **Schadensver-**lagerung durch eine Gefahrtragungsregelung bewirkt worden ist (wie beispielsweise beim Versendungs-**kauf**), dieselbe Situation gegeben ist, über die auch bei den Fallkonstellationen im Rahmen des Vor-**teilsausgleichs** zu befinden ist, in denen ein Scha-**den** des unmittelbar Verletzten durch das Bestehen der Leistungspflicht eines Dritten von vornherein **verhindert** wird ¹⁾.

Aus diesen Erwägungen wird deutlich, daß im Gegen-**satz** zur Ansicht der meisten Darstellungen ein ein-**heitliches** Rechtsinstitut einer Schadensliquida-**tion** im Drittinteresse gar nicht vorhanden ist, daß es sich dagegen bei den in Rechtsprechung und Lite-**ratur** unter dem Stichwort der Drittschadensliquida-**tion** behandelten Fallgruppen um uneinheitliche, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte Fallkonstellationen handelt, bei denen ausnahmswei-**se** ein Drittinteresse berücksichtigt werden soll. Diesen typischen Fallkonstellationen liegt demnach kein "formales Einheitsprinzip" ²⁾ zugrunde; die Entscheidung über die Zulassung einer Drittscha-**densliquidation** ist vielmehr entsprechend der Typo-**logie** der gewohnheitsrechtlich anerkannten einzel-**nen** Fallgruppen zu treffen ³⁾. Es wird im folgenden zu untersuchen sein, ob sich die Frage eines Scha-**denausgleichs** bei Lohnfortzahlung einer dieser typischen Fallkonstellationen zuordnen läßt oder ob zugunsten des Arbeitgebers eine neue Fallkonstella-**tion** gebildet werden kann.

1) Selb, NJW 1964, 1770; ders., Schadensbegriff, S. 45 f.

2) Kollhosser, aaO., 304; Mertens, S. 224.

3) Selb, NJW 1964, 1771; ders., Schadensbegriff, S. 41 ff.; Kollhosser, aaO., 305.

- b) Von der Feststellung ausgehend, daß es sich bei der Drittschadensliquidation nicht um ein dogmatisch festes Gebilde, sondern um eine uneinheitliche Rechtsfigur handelt, mit deren Hilfe ausnahmsweise ein Drittinteresse bei der Schadensregulierung berücksichtigt werden kann, will Kollhosser die Zahl der anerkannten Drittschadensfallgruppen um den Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung vermehren. Dementsprechend formuliert er: "Ein von einer unerlaubten Handlung Betroffener ist berechtigt, vom Schädiger Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen, mit denen er den Eintritt eines drohenden Schadens verhindert. Muß infolge einer gefahrverlagernden Norm ein Dritter diese Aufwendungen erbringen, so ist der Verletzte berechtigt, auch diese Aufwendungen zu liquidieren, wenn eine Wertung der dem Gesetz zugrunde liegenden Rechtsgrundsätze ergibt, daß sie ersatzfähig sind. Daß das auf den Dritten verlagerte Interesse sich infolge der technischen Regelung der Gefahrverlagerung bei diesem nicht als Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB, sondern nur als Regreßinteresse erweist, steht nicht entgegen" ¹⁾. Die sich daraus ergebende Konsequenz, daß der Schädiger den vollen Bruttolohn einschließlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung zu ersetzen hat und nicht nur den modifizierten Nettolohn, erklärt Kollhosser damit, daß sich infolge der Gefahrverlagerung der drohende Erwerbsschaden des Arbeitnehmers in die zu seiner Verhinderung erforderlichen Aufwendungen verwandele und der sich so ergebende Mehrbetrag die vom Schädiger zu zahlenden Spesen dafür seien, daß an seiner Stelle der Arbeitgeber einen Arbeitnehmerschaden verhindert habe ²⁾.

1) Kollhosser, aaO., 306-307.

2) Kollhosser, aaO., 307.

Vergleicht man diese von Kollhosser neu entwickelte Drittschadenskonstruktion mit den von der herrschenden Lehre vorausgesetzten Kriterien, so fällt auf, daß es schon an einer Schadensverlagerung fehlt, weil bei einem rein schematischen Vorgehen bei der Schadensberechnung, wie sie auch Kollhosser zugrunde legt ¹⁾, festzustellen ist, daß der beim Arbeitgeber eintretende Schaden in der Regel eine ganz andere Höhe haben wird, als der durch die Lohnfortzahlung beim **Arbeitnehmer** verhinderte Erwerbsschaden, da der Arbeitgeberschaden ja in einer Minderung seines Gewinns liegt ²⁾. Wenn Kollhosser dabei von einer "Gefahrverlagerung" spricht, so meint er damit offenbar, daß durch § 616 BGB dem Arbeitnehmer das Risiko abgenommen werden solle, seine Ersatzansprüche gegen den Schädiger durchzusetzen. Das ist jedoch falsch, weil der Zweck der Lohnfortzahlung nur die soziale Sicherung des Arbeitnehmers beabsichtigt, über den Regreß gegen den Schädiger aber nichts verlautbart ³⁾.

Wie bereits erwähnt, fehlt es in den Lohnfortzahlungsfällen auch an einer Interessenverknüpfung, welche den Arbeitnehmer zur Geltendmachung des Arbeitgeberschadens verpflichten könnte ⁴⁾. Von der hier behandelten Fallgestaltung wird demnach von allen bisher anerkannten Voraussetzungen einer Drittschadensliquidation nur die einer Drittschädigung des Arbeitgebers erfüllt.

Diese Feststellung schließt zwar die Anerkennung

1) Kollhosser, aaO., 282 ff.

2) Vgl. oben, S. 30 ff.

3) Kollhosser, aaO., 300 ff.; vgl. dagegen oben, S. 133.

4) Vgl. oben, S. 157 f.

eines neuen Drittschadenstatbestandes nicht aus, wenn man sich darauf bezieht, daß es sich bei der Drittschadensliquidation lediglich um einen "Arbeitstitel" handelt, der eine Vielzahl heterogener Fallkonstellationen umfaßt ¹⁾. Andererseits darf nicht vergessen werden, daß jede vom Gesetz nicht ausdrücklich gestattete Berücksichtigung von Drittinteressen bei der Schadensregulierung als Ausnahme von dem Grundsatz anzusehen ist, wonach nur der unmittelbar Verletzte einen Schadensersatzanspruch hat. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann aber nur, wie es bei den bisher von der Rechtsprechung anerkannten Drittschadensfällen auch der Fall gewesen ist ²⁾, gewohnheitsrechtlich motiviert werden. Die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur bewegt sich im vorliegenden Falle aber gerade dahin, einen ersatzfähigen Drittschaden des Arbeitgebers abzulehnen und stattdessen lieber einen normativ begründeten Eigenschaden des Arbeitnehmers zu akzeptieren, damit er seinen Schadensersatzanspruch dann an den Arbeitgeber abtreten kann ³⁾. Der Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung läßt sich offenbar nicht in eine der herkömmlichen Fallkonstellationen der Drittschadensliquidation einordnen. Der für diese Entwicklung maßgebende Grund scheint neben dem Fehlen einer Interessenverknüpfung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der zu sein, daß der Drittschädigung des Arbeitgebers durch die Verletzung des Arbeitnehmers der nähere Bezug zur Verletzungshandlung fehlt; die Verletzungshandlung wirkt sich sozusagen zu mittelbar auf das Vermögen des Arbeitgebers

1) Selb, NJW 1964, 1765.

2) Vgl. oben, S. 156.

3) Vgl. oben, S. 64 ff.

aus, weil sie lediglich zu einer Minderung des Arbeitgebergewinns führt, die zudem nur sehr schwer zu berechnen ist ¹⁾. Es liegt hier näher, sich zunächst an der Verletzung des Arbeitnehmers zu orientieren und davon auszugehen, daß ihm ja an sich ein Erwerbsschaden entstehen müßte, der bloß durch die Lohnfortzahlung verhindert worden ist; nur dieses Interesse des Arbeitnehmers selbst an der Verhinderung eines Erwerbsschadens soll dann dem Schädiger zur Last fallen.

Eine Drittschadensliquidation zugunsten des Arbeitgebers muß aber insbesondere auch deshalb entfallen, weil oben ein normativ begründeter Eigenschaden des Arbeitnehmers festgestellt worden ist, für den der Schädiger in vollem Umfange aufzukommen hat ²⁾. Diese Feststellung eines Eigenschadens des Arbeitnehmers, der insoweit auch nur in seiner Person berechnet werden darf, schließt die Anerkennung eines weitergehenden ersatzfähigen Drittschadens des Arbeitgebers aus, weil die Schadensersatzpflicht des Schädigers durch die Einbeziehung einer Vielzahl von Drittschäden nicht kumuliert werden darf. Wollte man dem Schädiger neben dem Ersatz des Erwerbsschadens des Arbeitnehmers auch noch den Ersatz der Aufwendungen zumuten, die der Arbeitgeber zu seiner Verhinderung machen mußte, so würde das einen gewohnheitsrechtlich nicht gedeckten Verstoß gegen das Dogma vom Gläubigerinteresse beinhalten, der eine Grenzziehung zu dem von Selb entwickelten Begriff des "Sozialschadens" ³⁾ nicht mehr erkennen ließe.

1) Vgl. oben, S. 30 ff.

2) Vgl. oben, S. 135.

3) Vgl. oben, S. 100 ff.

6. A b s c h n i t t

Die sekundären vertraglichen Ansprüche des Arbeitgebers

I. Die Möglichkeit einer Abtretung durch den Arbeitnehmer wegen des Fortbestandes der Deliktsschuld

Aus den bisherigen Überlegungen wird evident, daß der Arbeitnehmer durch die vom Schädiger zu vertretende Verletzungshandlung zwar einen Erwerbsschaden erlitten hat, aus dem er gegen den Schädiger einen Ersatzanspruch herleiten kann, daß aber andererseits dieser Anspruch weder im Wege eines gesetzlichen Forderungsübergangs auf den Arbeitgeber übergeht noch im Wege einer Drittschadensliquidation zugunsten des Arbeitgebers geltend gemacht werden kann. Es bleibt daher nur die Möglichkeit einer Abtretung dieses Schadensersatzanspruches durch den Arbeitnehmer an den Arbeitgeber. Voraussetzung ist dann allerdings, daß der Arbeitnehmer überhaupt zu einer Abtretung verpflichtet ist, da es ja denkbar und verständlich wäre, daß er die vom Schädiger empfangene Ersatzleistung zusätzlich zu dem weitergezahlten Lohn für sich verwenden wollte. Sollte den Arbeitnehmer eine Pflicht zur Abtretung seiner Schadensersatzforderung treffen, bliebe noch zu prüfen, ob eine solche Abtretung mit den Vorschriften über die Lohnsicherung zu vereinbaren ist und welche Höhe der abzutretende Anspruch im Einzelfall haben kann.

II. Der Rechtsgrund für die Abtretungspflicht des Arbeitnehmers

1. Die Ablehnung einer aus § 255 BGB gefolgerten Abtretungspflicht

Eine Abtretungspflicht des Arbeitnehmers wird in Rechtsprechung und Schrifttum in erster Linie mit Hilfe einer Analogie zu § 255 BGB ¹⁾ begründet. Diese Lösung ist jedoch unhaltbar, wie sich schon aus der Erörterung des § 255 BGB bei der im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu treffenden Wertung ergibt ²⁾. Die Vorschrift wird durch ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall von der herrschenden Lehre überfordert. Sie bezieht sich ihrem Wortlaut nach auf Ansprüche, die unmittelbar aus dem Eigentum datieren, auf Bereicherungsansprüche, die auf dem Sacheigentum oder dem Besitz beruhen, und auf Deliktsansprüche wegen Eigentumsverletzungen ³⁾. Der Arbeitgeber steht aber nicht einem Verwahrer gleich, der für den Verlust einer Sache ersatzpflichtig ist, da sein Verhalten für den Schadensfall, also die Verletzung des Arbeitnehmers, gar nicht ursächlich geworden ist; andererseits kann der Arbeitnehmer auch keine Ansprüche aus dem Eigentum abtreten ⁴⁾. Durch die vorliegende Fallgestaltung werden demnach beide Voraussetzungen des § 255 BGB nicht erfüllt, so daß auch für eine

1) BGHZ 21, 112 (119); Nipperdey, ZAkDR 1938, 263; Herschel, DR 1943, 447; Sieg, JZ 1954, 340; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341, Anm. 86; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642; Erman, § 255 Anm. 3; Palandt-Danckelmann, § 255 Anm. 4; Palandt-Gramm, § 616 Anm. 4; RGRK-Nastelski, § 255 Anm. 4; RGRK-Haager, § 823 Anm. 71 u. 83; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 49; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 59.

2) Vgl. oben, S. 120 f.

3) Esser, Schuldrecht, S. 274 f.; Larenz, Schuldrecht I, S. 165; Enneccerus-Lehmann, S. 87 f.; Blomeyer, S. 180.

4) Vgl. oben, aaO.

analoge Anwendung der Vorschrift zur Begründung einer Abtretungspflicht des Arbeitnehmers kein Raum bleibt, da es an einer Rechtsähnlichkeit weitgehend fehlt ¹⁾.

2. Die Ablehnung einer Abtretungspflicht aus ungerechtfertigter Bereicherung

Seltener wird eine Abtretungspflicht des Arbeitnehmers auch aus ungerechtfertigter Bereicherung begründet ²⁾. Es leuchtet aber nicht ein, inwiefern der Arbeitnehmer den Lohn- oder Schadensersatzanspruch bzw. die Lohnzahlung oder die Schadensersatzleistung ohne Rechtsgrund empfangen haben soll. Denn er hat auf die Fortzahlung des Lohns ebenso einen gesetzlich fundierten Anspruch wie auf die Schadensersatzleistung wegen des Verdienstauffalls. Die Vorschriften des Bereicherungsrechts bieten auch keine dahingehende Wertung, daß der Arbeitnehmer nur eine von beiden Leistungen erhalten soll. Demgegenüber ist eine Bereicherung des Arbeitnehmers in einem Falle sogar ausdrücklich vorgesehen, da der erkrankte Handlungsgehilfe nach § 63 Abs. 2 HGB die Leistungen der Krankenkassen zusätzlich zu dem an ihn weitergezahlten Gehalt bekommen soll. Die Abtretungspflicht läßt sich demnach nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung begründen.

3. Die Begründung einer Abtretungspflicht mit Hilfe einer Analogie zu § 281 BGB

Dagegen kann man, wenn auch nicht ohne Bedenken, eine Abtretungspflicht aus § 281 BGB herleiten ³⁾. Das

1) Friedrich, VersR 1950, 141; Lepenies, VersR 1951, 32; Marx, VersR 1952, 136; Staudinger-Werner, § 255 Anm. 18.

2) Brecht, BB 1951, 396; RGRK-Haager, § 823 Anm. 71.

3) Machleid, JZ 1952, 644; ders., DRiZ 1953, 124; Selb, Schadensbegriff, S. 69 f.; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642 Anm. 86; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 49.

setzt allerdings voraus, daß diese Vorschrift nicht mit der herrschenden Meinung als eine dem Bereicherungsrecht vergleichbare Regelung zum Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen betrachtet wird ¹⁾, da sich dann sofort wieder der Einwand erhebt, daß der Arbeitnehmer beide Leistungen nicht ungerechtfertigt erhält ²⁾. Dieser Einwand schlägt aber nicht, wenn man mit Selb argumentiert, daß durch § 281 BGB die Regelung des § 275 BGB eingeschränkt wird, wonach der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung befreit wird, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat ³⁾. Durch § 281 BGB wird demnach dem Gläubiger die Möglichkeit geboten, an Stelle der geschuldeten Leistung den dafür vom Schuldner empfangenen Ersatz zu verlangen, obwohl dieser nicht ausdrücklich Gegenstand der Verpflichtung des Schuldners war ⁴⁾. Dem Arbeitgeber steht deshalb ein Anspruch auf Abtretung der Schadensersatzforderung des Arbeitnehmers bzw. auf Herausgabe der vom Arbeitnehmer bereits empfangenen Ersatzleistung zu.

Bedenken gegen die Lösung erheben sich zwar deswegen, weil § 281 BGB von einem geschuldeten Gegenstand spricht, der Arbeitnehmer aber eine Arbeitsleistung schuldet - in erster Linie also eine Handlung. Dieser Unterschied kann aber zumindest eine analoge Anwendung der Vorschrift nicht ausschließen, da der Grundgedanke des § 281 BGB, den Umfang der Leistungspflicht des Schuldners über die vertragliche Vereinbarung hinaus zu erweitern, dem Arbeitgeber, welcher wegen der Regelung des § 616 BGB die Leistungs- und die Preis-

1) Palandt-Danckelmann, § 281 Anm. 2 a; Erman-Gröpper, § 281 Anm. 1; RGRK-Nastelski, § 281 Anm. 1.

2) Vgl. oben, S. 167.

3) Selb, aaO.

4) Selb, aaO.; Thiele, AcP 167, 218-219.

gefahr trägt ¹⁾, einen gerechten Ausgleich verschafft.

4. Die Begründung einer Abtretungspflicht aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers

Am zwanglosesten läßt sich eine Abtretungspflicht des Arbeitnehmers noch aus seiner sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Treuepflicht herleiten ²⁾. Diese Treuepflicht des Arbeitnehmers wird nach allgemeiner Meinung heute darauf gestützt, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist, innerhalb dessen die gegenseitigen Pflichten über die bei einem gewöhnlichen Schuldverhältnis bestehenden Pflichten hinausgehen. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers verlangt, "daß er sich nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen hat, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich sein könnte" ³⁾. Es liegt deshalb nahe, so wie einerseits die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auch aus dem Gedanken der Fürsorge abgeleitet wird, andererseits die Abtretungspflicht des Arbeitnehmers aus seiner Treuepflicht abzuleiten ⁴⁾. Die rechtliche Situation ist hier insoweit anders, als die bei der Drittschadensliquidation, wo eine Interessenverknüpfung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dahin, daß der Arbeitnehmer zur Geltendmachung des Arbeitgeberschadens verpflichtet wäre, abgelehnt wurde ⁵⁾. Denn bei

1) Selb, aaO.

2) Sieg, JZ 1954, 340; Schelp-Herbst, BABl. 1956, 75; Nikisch, Arbeitsrecht I, S. 642; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, S. 341 Anm. 86; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 49; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, § 616 Anm. 59.

3) Nikisch, aaO., S. 446; ähnlich Hueck-Nipperdey, aaO., S. 241 ff.

4) Schelp-Herbst, BABl. 1956, 75; Nikisch, aaO.

5) Vgl. oben, S. 157 f.

der Drittschadensliquidation sollte der Arbeitnehmer einen Schaden des Arbeitgebers geltend machen, während er hier den Anspruch auf Ersatz eines Schadens abtreten soll, dessen tatsächliche Auswirkungen auf sein Einkommen durch den Arbeitgeber verhindert worden sind, wobei die Lohnfortzahlung aus humanen und sozialen Motiven erfolgte ¹⁾.

Es ist deshalb unbedenklich, das an sich "bei der Lohnfrage höchst prekäre Element persönlicher Bindung an den Arbeitgeber und den Betrieb zu bemühen" ²⁾.

Zusammenfassend läßt sich demnach behaupten, daß der Arbeitnehmer sowohl aus dem Rechtsgedanken des § 281 BGB als auch aus seiner Treuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis zur Abtretung seiner Schadensersatzforderung bzw. zur Herausgabe der bereits empfangenen Ersatzleistung an den Arbeitgeber verpflichtet ist.

III. Die Abtretungshindernisse

Andererseits fragt sich, ob einer Abtretung der Forderung des Arbeitnehmers auf Ersatz seines Erwerbsschadens an den Arbeitgeber nicht die Vorschriften über die Lohnsicherung entgegenstehen. Denn nach § 400 BGB kann eine Forderung nur insoweit abgetreten werden, als sie der Pfändung unterworfen ist. Arbeitseinkommen, wozu auch der nach § 842 BGB zu ersetzende Erwerbsschaden zu zäh-

1) Mot. II, S. 463, § 562.

2) Unbegründet insoweit die Bedenken Selbs, Schadensbegriff, S. 70.

len ist, ist jedoch nach den §§ 850 ff. ZPO ¹⁾ der Pfändung nur in beschränktem Umfange unterworfen; insbesondere sind nach § 850 b Abs. 1 Nr. 1 ZPO Renten, die wegen einer Körperverletzung zu entrichten sind, unpfändbar, es sei denn, die Vollstreckung in das sonstige Vermögen des Schuldners habe nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt und die Pfändung entspreche der Billigkeit (§ 850 b Abs. 2 ZPO). Die §§ 400 BGB und 850 b Abs. 1 Nr. 1 ZPO scheinen demnach einer Abtretung der Schadensersatzforderung durch den Arbeitnehmer zumindest teilweise - soweit es sich um eine Rentenforderung handelt - zu widersprechen ²⁾.

Solche Bedenken lassen sich auch nicht mit dem Hinweis ausräumen, der Arbeitnehmer sei ja aufgrund seiner Treuepflicht und des Rechtsgedankens des § 281 BGB zur Abtretung verpflichtet ³⁾ oder die Berufung auf § 400 BGB verstoße gegen Treu und Glauben ⁴⁾. Die Vorschriften über die Lohnsicherung sollen bewirken, daß dem Arbeitnehmer die zur Sicherung seiner Existenz erforderlichen Mindesteinkünfte verbleiben. Diese rein faktische Betrachtungsweise des Vollstreckungsrechts, die über § 400 BGB in das Zessionsrecht hineinwirkt, kann aber nicht im Wege einer rein normativ begründeten Abtretungspflicht

1) Die §§ 850 ff. ZPO treten an die Stelle der in diesem Zusammenhang vom Schrifttum mitunter zitierten Lohnpfändungs-VO vom 30. Oktober 1940 (RGBl. I, S. 1451); vgl. zur Abänderung und zur Eingliederung der Lohnpfändungs-VO in die ZPO die Gesetze vom 22. April 1952 (BGBl. I, S. 247), vom 20. August 1953 (BGBl. I, S. 952), vom 26. Februar 1959 (BGBl. I, S. 49) und vom 9. August 1965 (BGBl. I, S. 729).

2) So auch Marx, VersR 1952, 136; ähnlich OLG Hamm, NJW 1947-1948, 626.

3) Machleid, JZ 1952, 644; ders., DRiZ 1953, 124.

4) Spoth, Sozialversicherung 1951, 212.

umgangen werden.

Die Abtretbarkeit der Schadensersatzforderung des Arbeitnehmers folgt jedoch aus einer richtigen Anwendung der Regeln über die Lohnsicherung. Aus § 850 b Abs. 1 Nr. 1 ZPO geht bereits hervor, daß nur Rentenansprüche - etwa solche aus § 843 Abs. 1 BGB -, nicht aber auch Ansprüche auf eine Kapitalabfindung (§ 843 Abs. 3 BGB) unpfändbar sind ¹⁾. Insbesondere ist aber zu beachten, daß der Zweck der Vorschriften über die Lohnsicherung, dem Arbeitnehmer ein Mindesteinkommen zu garantieren, durch die Abtretung seiner Schadensersatzforderung an den Arbeitgeber in keiner Weise gefährdet wird, da der Arbeitnehmer ja nach § 616 BGB seinen Lohn in voller Höhe weiterbezieht. Aus dieser Erwägung heraus hat der Bundesgerichtshof den Anspruch auf eine an sich unpfändbare Unfallrente für abtretbar erklärt, wenn der Berechtigte vorher den vollen Gegenwert für diese Forderung aufgrund des Arbeitsvertrages vom Arbeitgeber erhalten hat, die Schutzfunktion des § 400 BGB also nicht beeinträchtigt worden ist ²⁾. Eine derartige Abweichung vom Wortlaut des § 400 BGB läßt sich hier vornehmlich deshalb rechtfertigen, weil einmal - anders etwa, als bei der Herabsetzung des Lohnfortzahlungszeitraums auf einen Tag entgegen § 616 BGB in § 12 Abs. 3 TOA, um einen Arbeitnehmerschaden zu begründen - die durch § 400 BGB geschützte Rechtsposition des Arbeitnehmers nicht bedroht wird und weil zum anderen die Vollstreckungsschutzvorschriften der §§ 850 ff. ZPO, auf die sich § 400 BGB bezieht, hinsichtlich der Position des Schuld-

1) Baumbach-Lauterbach, § 850 b Anm. 2; Wieczorek, § 850 b Anm. B III a.

2) BGHZ 7, 30 (52); BGHZ 13, 360 (367 ff.); BGHZ 21, 112 (120); ebenso schon BGHZ 4, 153 (156), allerdings mit der unbegründeten Einschränkung, eine Abtretungspflicht könne nur dann eingreifen, wenn die Gegenleistung an den Berechtigten ohne besondere Rechtspflicht erbracht worden sei; wie der BGH in den anderen Entscheidungen auch Schelp-Herbst, BABl.1956, 75.

ners nicht in erster Linie von einer normativen, sondern von einer faktischen Betrachtungsweise ausgehen. § 400 BGB steht somit einer Abtretung nicht entgegen.

IV. Die Höhe des abzutretenden Anspruchs

1. Die Anwendung der Schadensberechnungsgrundsätze auf den Arbeitnehmerschaden

Zur detaillierten Berechnung des Arbeitnehmerschadens ist oben ¹⁾ bereits grundsätzlich festgestellt worden, daß nur der Schaden relevant ist, der dem Arbeitnehmer im konkreten Fall ohne die Lohnfortzahlung entstanden wäre, nicht aber die Aufwendungen des Arbeitgebers, die zur Verhinderung eines Erwerbsschadens des Arbeitnehmers erforderlich waren. Die Berechnung hat also darauf zu fußen, daß der Arbeitnehmer auch in der Zeit, in welcher er tatsächlich nach § 616 BGB seinen Lohn weiterbezieht, vom Arbeitgeber keinerlei Leistung empfängt ²⁾. Er müßte dann so gestellt werden, wie er ohne die Verletzungshandlung gestanden hätte, d.h. er müßte den Nettolohn, den er in der Verletzungszeit bezogen hätte, in voller Höhe zuzüglich der auf ihn zu entrichtenden Steuern und derjenigen Sozialversicherungsbeiträge erhalten, die er zur Erhaltung bestehender versicherungsrechtlicher Anwartschaften benötigte ³⁾. Dabei ließe sich der Ausfall, den der Arbeitnehmer in dieser Zeit erlitten hätte, durch einen Vergleich mit dem Arbeitseinkommen von Kollegen, die in entsprechender Position beschäf-

1) Vgl. o., S. 107 ff. u. 116 ff.; so auch weitgehend H. Lange, BB 1954, 34; Erman, § 249 Anm. 7c; RGRK-Kreft, § 843 Anm. 6; Soergel-Siebert-Schräder, § 843 Anm. 9.

2) Medicus, Schl.-Holst.Anz. 1964, 179.

3) Vgl. o., S. 116 f.

tigt sind, ermitteln; nach dem Lohnausfallprinzip bestimmt sich ja auch die Höhe des vom Arbeitgeber weiterzuzahlenden Gehalts hiernach ¹⁾. Jedenfalls zeigt sich, daß es in diesem Zusammenhang belanglos ist, ob bei der Berechnung des Arbeitnehmerschadens der Brutto- oder der Nettolohn zugrunde gelegt wird ²⁾, da es vom Ergebnis her gleichgültig ist, ob die Steuern und Versicherungsbeiträge zum Nettolohn addiert ³⁾ oder vom Bruttolohn subtrahiert werden ⁴⁾.

Vom Schadensersatzanspruch werden daher in der Regel der Nettolohn, den der Arbeitnehmer in der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit bezogen hätte und die darauf zu entrichtenden Lohn- und Kirchensteuern erfaßt; denn auch die Entschädigungsleistung wäre vom Arbeitnehmer wieder zu versteuern gewesen; diese Steuern sind demnach insoweit Bestandteil seines Einkommens ⁵⁾. Etwas anders ist die Situation im Falle der Verletzung eines Arbeiters, da nach dem ArbKrG nur ein Zuschuß zum Krankengeld zu entrichten ist, die Schadensersatzforderung im übrigen aber nach § 1542 RVO auf den Versicherungsträger übergeht ⁶⁾. Der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers ist hier folgerichtig auf die Höhe des Zuschusses zu beschränken, da der Arbeitnehmer darüber hinaus wegen des ge-

1) Vgl. o., S. 24 ff.

2) Esser, Schuldrecht, S. 270.

3) Palandt-Gramm, § 843 Anm. 4 A b.

4) Lucas, JW 1938, 1992; Palandt-Danckelmann, § 249 Anm. 2c; Erman, § 249 Anm. 7c; Soergel-Siebert-Schräder, § 843 Anm. 8.

5) Lucas, JW 1938, 1992; H. Lange, BB 1954, 34; Sieg, VersR 1964, 8-9; Erman, § 249 Anm. 7c; RGRK-Kreft, § 843 Anm. 6; Soergel-Siebert-Schräder, § 843 Anm. 18.

6) Vgl. o., S. 26 f.

setzlichen Forderungsübergangs keine Forderung mehr innehat.

2. Die Behandlung der Beiträge zur Sozialversicherung

- a) Problematisch in diesem Zusammenhang ist allerdings, ob und wann die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberanteile der Beiträge zu den drei Zweigen der Sozialversicherung, also der Arbeitslosen-, der Renten- und der Krankenversicherungen zu ersetzen sind ¹⁾. Es ist aber auch hier von den oben entwickelten Grundsätzen der Schadensberechnung auszugehen. Dem Schädiger gegenüber ist also so zu verfahren, als seien die Sozialversicherungsbeiträge weder vom Arbeitnehmer selbst noch vom Arbeitgeber gezahlt worden, was ja bei einem Fortfall von Lohnzahlungen, an welche die Beitragspflicht anknüpft, auch der Fall gewesen wäre ²⁾. Sodann ist zu prüfen, ob der Fortfall dieser Beitragszahlungen im konkreten Fall zu einer Verschlechterung der versicherungsrechtlichen Position des Arbeitnehmers führen würde, sei es, daß er sofort in bestimmter Höhe den Anspruch auf Leistungen gegen eine der drei Sozialversicherungen verlöre, sei es, daß ihm durch den Ausfall von Beitragszahlungen in später Zukunft versicherungsrechtliche Nachteile erwüchsen. Eine Ersatzpflicht des Schädigers auch hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge kommt nur in Betracht, wenn einer der beiden vorgenannten Fälle gegeben ist.

1) Vgl. dazu Lucas, JW 1938, 1992; Taube, Urt.-Anm. in VersR 1953, 295; H. Lange, BB 1954, 34; Sieg, VersR 1964, 8 ff.; Palandt-Gramm, § 843 Anm. 4 A b; Erman, § 249 Anm. 7 c; Soergel-Siebert-Schröder, § 843 Anm. 18 und insbesondere die einleuchtenden Ausführungen von Medicus in Schl.-Holst.Anz. 1964, 179 ff.

2) Medicus, aaO., 179.

Dabei tauchen Schwierigkeiten schon deshalb auf, weil der Arbeitnehmer selbst nur die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung zu entrichten hat, während Schuldner der Arbeitgeberanteile nur der Arbeitgeber ist. Der Arbeitnehmer hat auch keinen eigenen Anspruch darauf, daß der Arbeitgeber seine Beitragsanteile abführt; Gläubiger der Arbeitgeberanteile sind vielmehr ausschließlich die Versicherungsträger ¹⁾. Daraus ließe sich nun folgern, daß die Arbeitgeberanteile nicht zu dem vom Schädiger zu ersetzenden Verdienst des Arbeitnehmers gehörten ²⁾.

Dabei darf aber nicht vergessen werden, daß nur die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberbeiträge zusammen den Anspruch des Arbeitnehmers auf Versicherungsschutz durch die Sozialversicherung bewirken ³⁾. Beide Anteile richten sich in der Höhe nach dem vom Arbeitnehmer bezogenen Lohn (§ 1385 RVO). Würde einer von beiden nicht entrichtet, so entfielen unter gewissen Umständen ganz oder teilweise ein Versicherungsschutz des Arbeitnehmers. Vom Resultat her kommen also auch die Arbeitgeberanteile nur dem Arbeitnehmer zugute. Durch die Gläubigerstellung der Kassen soll lediglich - gewissermaßen auf besonderem technischen Wege - gewährleistet werden, daß die Beiträge auch mit Sicherheit zugunsten des Arbeitnehmers abgeführt werden. Dann erscheint es aber gerechtfertigt, die Arbeitgeberanteile mit zum Lohn des Arbeitnehmers zu zählen ⁴⁾, da ihre Entrichtung letztlich eben-

1) Sieg, VersR 1964, 9.

2) So auch Taube, Urt.-Anm. in VersR 1953, 295.

3) Sieg, aaO., 10; Medicus, aaO., 179.

4) Sieg, aaO., Medicus, aaO., RGRK-Kreft, § 843 Anm. 6; unklar insoweit H. Lange, BB 1954, 34.

so wie die anderen Sozialleistungen unter anderem auch als Aequivalent des Arbeitgebers dafür erscheint, daß der Arbeitnehmer dem Betrieb seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Die Arbeitskraft des Arbeitnehmers ist eben von vornherein nur gegen Lohn, Steuern und Arbeitgeberanteile zu erlangen.

Eine Ersatzpflicht des Schädigers hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge ist aber selbst dann begründet, wenn sich erst in fernerer Zukunft erweisen kann, ob der Arbeitnehmer durch den Ausfall von Beitragszahlungen in dem Krankheitszeitraum versicherungsrechtlich benachteiligt wird. Denn jede Verschlechterung der versicherungsrechtlichen Position des Arbeitnehmers, die sich als "nicht gedeckter Bedarf an Versicherungsschutz" darstellt, ist bereits als gegenwärtiger Vermögensschaden anzusehen ¹⁾. Dieser Bedarf an Versicherungsschutz könnte nämlich nicht durch ein Feststellungsurteil gedeckt werden, wonach der Schädiger verpflichtet wäre, alle künftig eintretenden versicherungsrechtlichen Nachteile des Arbeitnehmers, die auf den Ausfall von Beitragszahlungen in der Verletzungszeit zurückzuführen seien, zu kompensieren. Wenn nämlich erst mehrere Jahre später festgestellt würde, daß ein ungedeckter Bedarf an Versicherungsschutz vorliegt, wären möglicherweise u.a. der Wohnsitz des Schuldners unbekannt oder seine Zahlungsfähigkeit vermindert. Das zeigt, daß ein Feststellungsurteil die sofortige Zahlung der Versicherungsbeiträge nicht ersetzen kann ²⁾. Ein ungedeckter Bedarf an Ver-

1) Medicus, aaO., 180.

2) Medicus, aaO.; Sieg, aaO., 10.

sicherungsschutz stellt daher in der Regel einen gegenwärtigen Vermögensschaden des Arbeitnehmers dar, der sofort durch die Zahlung der sonst vom Lohn zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge zu decken ist. Diese Betrachtungsweise entspricht auch der Intention einer Zeit, die in besonderem Maße auf soziale Sicherung bedacht ist ¹⁾. Durch die Entrichtung von Versicherungsbeiträgen erkaufte sich der Versicherungsnehmer eben nicht in erster Linie einen Anspruch auf eine geldwerte Versicherungsleistung, sondern einen Anspruch auf Versicherungsschutz in Krisenzeiten.

Einleuchtend erscheint in diesem Zusammenhang auch das Argument Siegs, der Arbeitnehmer komme durch die freiwillige Weiterzahlung beider Beitragsanteile zur Erhaltung bestehender Versicherungsanswartschaften seiner Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB nach, indem er eine möglicherweise später eintretende Rentenminderung, die höher als die jetzt zu zahlenden Beiträge wäre, von vornherein verhindere; diese Aufwendungen seien, auch wenn sich später herausstellen sollte, daß sie vergeblich waren, vom Schädiger zu ersetzen ²⁾.

Eine andere Frage ist, wann im Einzelfall durch den Ausfall von Beitragszahlungen überhaupt ein ungedeckter Bedarf an Versicherungsschutz entstehen kann.

- b) Es sollen im folgenden nur kurz die Grundsituationen dargestellt werden, in denen dem Arbeitnehmer

1) Medicus, aaO., 180; zweifelnd, ob ein gegenwärtiger Schaden vorliegt, Sieg aaO.

2) Sieg, aaO., 10.

durch den Ausfall von Zahlungen zur Sozialversicherung ein ungedeckter Bedarf an Versicherungsschutz entstehen kann. Eine Darstellung aller sonst noch möglichen Fallkonstellationen würde bei der Kompliziertheit der in der RVO, dem AnVG und dem AVAVG getroffenen versicherungsrechtlichen Regelungen hier zu weit führen.

Im Falle einer Arbeitslosigkeit erhält der Arbeitnehmer von der Arbeitslosenversicherung Leistungen entsprechend der Dauer seiner versicherungspflichtigen Tätigkeit innerhalb einer zweijährigen, u.U. aber auch dreijährigen Frist vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ¹⁾. Da also noch drei Jahre lang eine Minderung der Arbeitslosenbezüge eintreten kann, die auf den Ausfall von Beitragsleistungen in der Verletzungszeit zurückzuführen ist, hat der Schädiger nach dem oben Gesagten dem Arbeitnehmer die Beiträge zumindest in der Höhe zur Verfügung zu stellen, in der sie zur Absicherung des Risikos einer Arbeitslosigkeit vonnöten sind ²⁾.

Bei der Rentenversicherung kann sich das Ausbleiben von Beitragszahlungen für den Arbeitnehmer in mehrfacher Hinsicht negativ auswirken. Einmal kann im Versicherungsfall die Höhe der Rente nachteilig beeinflußt worden sein, wenn der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für die Anrechnung von Ausfallzeiten im Zeitpunkt des Unfalls noch nicht erfüllt hat, also noch nicht mindestens 60 Monate lang versichert gewesen ist ³⁾ oder wenn er wegen des

1) Vgl. §§ 85, 87 AVAVG.

2) Medicus, aaO., 180, verweist hier noch darauf, daß dem Arbeitnehmer - insbesondere im Hinblick auf die kurze Verjährungsfrist des § 852 BGB - nicht zugemutet werden kann, sich für diese zwei- bis dreijährige Frist mit einem Feststellungsurteil zu begnügen.

3) Vgl. dazu die §§ 1253 f., 1258 Abs. 1, 1259 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 Satz 1 RVO, 30 f., 35 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 Satz 1 AnVG.

Unfalls in der Lohnskala zurückbleibt und sich infolgedessen die Bemessungsgrundlage für seine Rente gemäß den §§ 1255 RVO, 32 AnVG verschlechtert. Nachteilig für den Arbeitnehmer kann weiterhin sein, daß sich durch den Ausfall von Beiträgen die Wartezeit auf den Rentenanspruch, die in der Regel 60 bis 180 Monate beträgt, hinausschiebt ¹⁾. Hat der Arbeitnehmer jedoch vor dem Unfall bereits alle Voraussetzungen für die Anrechnung von Ausfallzeiten und alle Wartefristen erfüllt und kann er auch in der Lohnskala nicht zurückfallen, so kann ihm ein ungedeckter Bedarf an Versicherungsschutz nicht entstehen. Ist das aber nicht der Fall, so hat der Schädiger auch hier die zur Weiterversicherung erforderlichen Beiträge zu zahlen ²⁾.

Anders ist die Lage hingegen bei der gesetzlichen Krankenversicherung, weil der Arbeitnehmer hier im Falle einer Erkrankung auch ohne Beitragszahlungen Mitglied bleibt und auch keine Wartezeiten zu erfüllen hat, so daß ihm insoweit durch den Ausfall von Beitragszahlungen kein Schaden erwachsen kann ³⁾. Ist der Arbeitnehmer allerdings nach 78 Wochen Krankheitsdauer ausgesteuert, so hat er im Falle einer neuen, zusätzlichen Erkrankung keinen Anspruch auf Leistungen der Krankenkasse mehr; zugleich endet damit die beitragsfreie Zeit ⁴⁾. In diesem Falle kann dem Arbeitnehmer infolgedessen ein Bedarfsschaden entstehen, der sich aber erst

1) Vgl. die §§ 1246 Abs. 3, 1247 Abs. 3, 1248 Abs. 4 RVO, 23 Abs. 3, 24 Abs. 3, 24 Abs. 4 AnVG zur Verlängerung der Wartezeit.

2) Medicus, aaO., 182.

3) Vgl. §§ 311, 383 Abs. 1 Satz 1, 206 f. RVO.

4) Vgl. §§ 183 Abs. 2, 184 Abs. 1 und 313 RVO.

dann herausstellen wird, wenn er insgesamt mehr als 78 Wochen krank ist. Dieser Bedarf an Versicherungsschutz wird jedoch ausnahmsweise durch den Anspruch des Arbeitnehmers auf künftige Schadloshaltung durch den Schädiger abgedeckt, da eine Unsicherheit von eineinhalb Jahren Dauer - ob der Arbeitnehmer mehr als 78 Wochen krank sein wird und ob er sich zu der Unfallverletzung eine weitere Krankheit zuziehen wird - selbst unter Berücksichtigung der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 BGB keinen sofortigen Ausgleich verlangt. Die Verhältnisse des Schädigers werden sich in dieser Zeit kaum grundlegend verschlechtern ¹⁾; in der Regel wird auch ein kurz nach dem Unfall angestrebter Schadensersatzprozeß nicht viel weniger als ein Jahr dauern; die Unsicherheit ist also in beiden Fällen etwa gleich groß.

Es zeigt sich demnach, daß der Arbeitnehmer gewöhnlich nur einen Anspruch auf Ersatz der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Arbeitslosen- und zur Rentenversicherung hat, und das auch nur, wenn er noch nicht lange genug Mitglied bei diesen beiden Versicherungszweigen ist, um schon eine "unfallfeste Position" erreicht zu haben ²⁾. Lediglich in diesem Falle erwächst ihm demnach ein an den Arbeitgeber zusätzlich zum Nettolohn und den darauf zu entrichtenden Steuern abtretbarer Anspruch auf Ersatz der Sozialversicherungsbeiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung. Die Folge, daß dem Arbeitgeber dann kein Anspruch auf Ersatz der Beiträge zuerkannt wird, wenn der Arbeitnehmer durch seine - des Arbeitgebers - Zahlungen bereits eine

1) Medicus, aaO., 182.

2) Medicus, aaO., 183.

unfallfeste, sozialversicherungsrechtliche Position erlangt hat, folgt aber aus dem Gesetz ¹⁾.

1) Medicus, .aaO.

7. Abschnitt

Zusammenfassung

Die einleitend gestellten Fragen ¹⁾, die sich aus der Thematik der vorliegenden Arbeit ergaben, sind demnach folgendermaßen zu beantworten:

1. Der durch die Verletzung des Arbeitnehmers hervorgerufene Schaden des Arbeitgebers liegt in der Regel in einer Minderung des Arbeitgebergewinns, sofern er sich überhaupt berechnen läßt. Er ist gewöhnlich höher als der an den Arbeitnehmer fortgezahlte Lohn ²⁾.
2. Ein eigener, unmittelbar gegen den Schädiger gerichteter Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt nicht in Betracht, weil die Anerkennung eines absoluten Rechts am Gewerbebetrieb den Numerus clausus der absoluten Rechte des § 823 Abs. 1 BGB sprengt und deshalb aus dogmatischen Erwägungen nicht haltbar ist ³⁾.
3. Dem Arbeitgeber steht aber gegen den Schädiger ein Anspruch aus abgetretenem Recht des Arbeitnehmers zu.
 - a) Die Voraussetzung eines solchen Anspruchs bildet ein eigener Schaden des Arbeitnehmers. Dieser kann aber weder mit Hilfe einer Abdingung der Lohnfortzahlung gegenüber dem Schädiger noch mit Hilfe einer Analogie

1) Vgl. oben, S. 14 ff.

2) Vgl. oben, S. 30 ff.

3) Vgl. oben, S. 43 ff.

zu gesetzlichen Zessionsvorschriften begründet werden ¹⁾. Eine Umdeutung des Anspruchs auf Lohnfortzahlung in einen andersartigen auf Versorgung, so daß der Arbeitnehmer trotz der Fortzahlung um seinen Lohn geschädigt ist, kann zur Schadensbegründung ebensowenig herangezogen werden, wie eine Argumentation aus der Interessenlage, der Billigkeit und dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB allein ²⁾. Schließlich geht es auch nicht an, einen Schaden des Arbeitnehmers dadurch zu begründen, daß durch arbeitsvertragliche Vereinbarung sein Lohnfortzahlungsanspruch für den Verletzungsfall entgegen § 616 Abs. 2 BGB auf einen Tag verkürzt wird und ihm sein Lohn nur vorschußweise gegen Abtretung seiner Schadensersatzforderung weitergezahlt wird ³⁾.

- b) Ein Eigenschaden des Arbeitnehmers muß jedoch anerkannt werden, wenn eine normative Auffassung vom Vermögensschaden zugrunde gelegt wird. Das setzt einmal voraus, daß die von der bisher herrschenden Lehre zur Vorteilsausgleichung gezogene Konstruktionsgrenze zwischen einem nachträglich beseitigten Schaden, bei dem nur inadäquat verursachte Vorteile nicht anzurechnen sind, und einem von vornherein verhinderten Schaden, bei dem schadensmindernde Vorteile ganz selbstverständlich in die Schadensberechnung einzubeziehen sind, aufgegeben wird ⁴⁾. Die richtige Auffassung vom Vermögensschaden hat auf ein rein schematisches Vorgehen bei der Schadensberechnung zu verzichten und vielmehr die einzelnen Schadensposten aus der Differenzrechnung zu lösen,

1) Vgl. oben, S. 66 ff. u. S. 69 ff.

2) Vgl. oben, S. 79 ff.

3) Vgl. oben, S. 74 ff.

4) Vgl. oben, S. 61 ff.

um dann aufgrund einer den Besonderheiten des Einzelfalls angepaßten rechtlichen Wertung zu entscheiden, ob der betreffende Schadensposten in die Differenzhypothese einzustellen ist oder nicht ¹⁾. Dabei folgt für den Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung daraus, daß einerseits der Grundsatz der Haftungsbeschränkung entsprechend dem Schutzzweck der verletzten Norm die Grenze zieht, bis zu welcher der Schädiger höchstens haften soll, andererseits aber aus dem Zweck der Lohnfortzahlung - diese soll ja nur dem Arbeitnehmer zugute kommen -, daß der Schadensposten Lohnfortzahlung zu Lasten des Schädigers nicht in die Differenzrechnung integriert werden soll. Dem Arbeitnehmer entsteht also ein normativ begründeter Erwerbsschaden ²⁾.

- c) Dagegen entfernt sich der von Selb entwickelte Begriff des Sozialschadens, bei dem davon auszugehen ist, daß der einzelne gegen alle Wechselfälle des Lebens sozial abgesichert sei und deshalb nicht mehr selbst geschädigt werden könne, weshalb dem nur mittelbar geschädigten Träger der Soziallast der Schadensersatzanspruch zustehen müsse, vom geltenden Recht. Das gilt auch für die Ansicht des Bundesgerichtshofs, der ohne nähere Definition und nur im Zusammenhang mit der Frage des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung von einem normativen Schaden spricht, diesen aber unter völliger Aufgabe des Differenzprinzips des § 249 BGB überhaupt nicht mehr als Differenz im Vermögen des Verletzten begreift ³⁾. Auch die Auffassung Rothers, die Leistung des Arbeitgebers solle endgültig sein und müsse deshalb zugunsten des Schädigers angerechnet werden, weil der Ausgleich des Arbeitnehmerschadens auf breiterer

1) Vgl. oben, S. 111 ff.

2) Vgl. oben, S. 135 ff.

3) Vgl. oben, S. 106 ff.

wirtschaftlicher Basis durch Arbeitgeber und Sozialversicherung erfolge, ist abzulehnen. Denn die Tatsache, daß zunächst Leistungspflichten von Arbeitgeber und Schädiger begründet waren, besagt noch nichts darüber, wer den Schaden intern endgültig zu tragen hat ¹⁾.

- d) Die Pflicht des Arbeitnehmers, den Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer an den Arbeitgeber abzutreten, ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 281 BGB und aus seiner aus dem Arbeitsverhältnis folgenden Treuepflicht ²⁾. § 400 BGB und die Vorschriften über die Lohnsicherung widersprechen einer Abtretung nicht ³⁾. Der Arbeitnehmer kann aber einen Schadensersatzanspruch nur in der Höhe abtreten, die aus einer ausschließlich bei seiner Person vorgenommenen Schadensberechnung resultiert, also nur in Höhe des Nettolohns zuzüglich der darauf zu entrichtenden Steuern und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung ⁴⁾.

4. Ein Regreß des Arbeitgebers aus gesetzlichen, sekundären Anspruchsgrundlagen kommt nicht in Betracht. Für eine Gesamtschuld fehlt es an einer gleichstufigen Leistungspflicht von Arbeitgeber und Schädiger ⁵⁾. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung scheiden wegen des Fortbestands der Deliktschuld trotz der Lohnfortzahlung aus, weil der Arbeitgeber durch die Weiterzahlung des Lohns dann kein Geschäft des Schädigers führt und ihn auch nicht von einer Verbindlichkeit befreit ⁶⁾. Ein Anspruch aus einer Dritt-

1) Vgl. oben, S. 103 ff.

2) Vgl. oben, S. 167 ff.

3) Vgl. oben, S. 170 ff.

4) Vgl. oben, S. 173 ff.

5) Vgl. oben, S. 148 ff.

6) Vgl. oben, S. 151 ff.

schadensliquidation entfällt ebenfalls, weil sich der Fall des Schadensausgleichs bei Lohnfortzahlung nicht in eine der gewohnheitsrechtlich anerkannten Fallkonstellationen, die unter diesem Arbeitstitel erfaßt werden, einordnen läßt ¹⁾.

Der Arbeitgeber kann demnach im Ergebnis aus dem ihm vom Arbeitnehmer abgetretenen Schadensersatzanspruch gegen dessen Verletzer vorgehen. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit.

1) Vgl. oben, S. 161 ff.

Lebenslauf

Am 17. September 1938 wurde ich in Rendsburg (Schleswig-Holstein) als Sohn des Studienassessors Erwin Peters und seiner Ehefrau Käte geb. Ahrens geboren.

Schon bald nach meiner Geburt siedelten meine Eltern nach Flensburg über, wo mein Vater heute als Oberstudienrat am "Alten Gymnasium" tätig ist. Ich habe noch zwei jüngere Brüder, von denen der eine Betriebswirtschaft, der andere Rechtswissenschaft studiert.

Nach dem Besuch der Volksschule kam ich Ostern 1951 auf das "Alte Gymnasium" in Flensburg. An dieser Schule legte ich im Frühjahr 1959 die Reifeprüfung ab. Ich studierte anschließend an den Universitäten Berlin, Tübingen und Kiel Rechtswissenschaften. Am 31. Januar 1964 legte ich am Oberlandesgericht in Schleswig die I. juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1. März 1964 leiste ich in den Ländern Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen meinen juristischen Vorbereitungsdienst ab. Daneben übe ich seit Beginn des Sommersemesters 1965 an den Universitäten Kiel und Bochum eine Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft aus.

